الموســـوعة الشــــاملة
في

# البيــــوع البــاطلة

في ضوء القضاء والفقه

(الجـزء الثالث)

تأليف
شــريف أحمد الطبـــاخ
المحامى
بالنقض والإدارية العليا

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاء وَأَمَّا مَا يَنفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الأَرْضِ كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللّهُ الأَمْثَالَ ﴾

الرعد١٧

# بيـــع المـــال الشـــائـــع

تنص المادة ٨٢٥ من القانون المدني على أن" إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك ".

- **تعريف الملكية الشائعة** :

يقصد بالملكية الشائعة الملكية التى تقع على مال معين بالذات يملكه أكثر من شخص واحد . أو بمعنى آخر هى ملكية أكثر من شخص لشئ واحد بغير فرز وتجنيب نصيب كل منهم فى هذا الشئ .

وكما يكون الشيوع فى حق الملكية ، يجوز كذلك أن يكون فى الحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق ، أما الحقوق الشخصية الأصل فيها أن تنقسم إذا تعدد الدائنون ، ومع ذلك قد لا ينقسم الحق الشخصى فى التضامن ما بين الدائنين وفى عدم قابلية الحق للإنقسام .

والأسباب التى تؤدى إلى نشوء الملكية الشائعة كثيرة ، ولكن أكثرها تحققا فى العمل هو الارث ، إذا يترتب على وفاة الشخص – وله عادة ورثة متعددون – تملكهم لأعيان التركة ملكية شائعة، كل بنسبة حصته المورثة . وفيما وراء هذا السبب العادى الغالب ، فكل سبب لكسب الملكية المفرزة يصلح لإنشاء ملكية شائعة إذا تعلق – على نفس الشئ – بمدة أشخاص فى آن واحد .

ومن هنا ، فالملكية الشائعة قد تنشأ عن طريق تصرف قانونى ، كان يشترى شخصان أو أكثر عقاراً أو منقولاً بحصة شائعة لكل منهم فيه ، أو كان يهب شخص أو يوصى إلى عدة أشخاص فى نفس الوقت بعقار أو منقول على الشيوع فيما بينهم بحصص متساوية أو متفاوته وكذلك يصلح الإستيلاء والالتصاق والشفعة كأسباب لنشوء الملكية الشائعة ، إذا استولى عدة أشخاص على منقول لا مالك له ، أو إذا تملك ملاك على الشيوع فى الأصل بحكم الالتصاق البناء الذى أقامه الغير فى أرضهم أو تملكوا عن طريق الأخذ بالشفعة العقار العقار المجاور لعقارهم ، بل والحيازة نفسها تصلح سبباً لنشوء الملكية الشائعة طالما كانت خالصة من عيب

اللبس والغموض الذى قد يشوبها عادة نتيجة مخالطة يد الحائز يد غيره من المشتاعين . ( حسن كيرة ص ١٥٥٠ )

- **الطبيعة القانونية للملكية الشائعة :**

نشير هنا إلى أن الملكية إما أن تكون ملكية فردية **propriété individuelle** ، أو ملكية جماعية **propriété collective** فالملكية الفردية هى التى يكون المالك فيها فرداً ، ولو كان هذا الفرد شخصاً اعتبارياً أى مجموعة من الناس متمتعاً بالشخصية الإعتبارية والملكية الجماعية ، وبوجه خاص ملكية اليد المشتركة وهى الملكية الجرمانية فالمالك فيها يكون جماعة من الناس دون أن تتمتع هذه الجماعة بالشخصية المعنوية .. فهل الملكية الشائعة هى حق ملكية ، وإن كانت فهل هى حق ملكية فردية أو حق ملكية جماعية ؟ لاشك فى أن الملكية الشائعة هى حق ملكية ، فهى تشتمل على جميع عناصر الملكية ، وللمالك فى الشيوع حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " النص فى المادة ٨٢٦ من القانون المدنى – يدل وعلى ما أوردته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد على أن الملكية فى الشيوع كالملكية المفرزة تشتمل على عناصر ثلاثة الإستعمال والإستغلال والتصرف إلا ان الإستعمال والإستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الآخرين " (جلسة ١٩٨٤/٦/١٣ الطعن رقم ٩٧٦ لسنة ٥٢ق س٣٥ ص١٦٥٨) وبأنه " للمالك على الشيوع حق الملكية فى كل ذرة من العقار ، وأن الثمار التى تنتج منه أثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعاً بنسبة حصة كل منهم وللشريك على الشيوع أن يرجع بريع حصته على كل الشركاء الذين يضعون اليد على ما يزيد على حصتهم كل بمقدار هذه الزيادة " (جلسة ١٩٩٤/٥/٣١ الطعن رقم ١٩٨٤ لسنة ٥٧ق ، جلسة ١٩٨٢/١١/٢١ الطعن رقم ١٧٣٧ لسنة ٥١ق س٣٣ ص٩٨٠)

ويذهب بعض الفقهاء على أن الملكية فى الشيوع ليست بحق ملكية ، بل هى حق عينى من نوع خاص فى الشيوع الوارثى فى القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٢– فى الشيوع فى المال رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ – مارتى ورينو فقرة

٥٩ . ووجه الاعتراض الرئيسى على أن الملكية فى الشيوع هى حق ملكية يتلخص فى أن حق الشريك فى الشيوع مقيد بحقوق الشركاء الآخرين ، وأن من طبيعة الملكية الاستئثار ، وهنا لا يستأثر الشريك فى الشيوع بالشئ بل يشاركه فيه آخرون ، ويمكن دفع هذا الإعتراض بأن الاستئثار هنا أيضاً واقع والذى يستأثر بالشئ الشائع هو كل شريك ، ولكن لا فى وجه الشركاء الآخرين ، بل فى وجه الغير ، أى فى وجه كل شخص ليس شريكاً فى الشئ الشائع ( انظر إسماعيل غانم فقرة ٨٦ ص١٩٨ ) وليس حق الشريك فى الشيوع إلا حق ملكية مقيداً بحقوق الشركاء الآخرين ( بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٤٨) وقد انعقد الإجماع فى الفقة المصرى على أن حق الشريك فى الشيوع هو حق ملكية ( محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٥٩ – شفيق شحاته فقرة ١٣٣ وفقرة ١٣٥ – محمد على عرفة فقرة ٢٨٦ ص٣٧٨ ، ٣٧٩ – عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠٧ وفقرة ١١٠ – إسماعيل غانم فقرة ٨٦ – حسن كيرة فقرة ١٠٤ ص٣٤١– ص٣٤٢ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٤ ص١٨٦ ، ص١٨٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٤ ص١٢٩ ،١٣١) .

ويترتب على أن حق الشريك فى الشيوع هو حق ملكية ، أنه إذا خصص هذا الشريك منقولاً مملوكاً له لخدمة العقار الشائع ، فإن هذا المنقول يصبح عقاراً بالتخصيص ، إذ أن الشريك فى العقار الشائع هو مالك لهذا العقار ، فتوافر بذلك اتحاد المالك ( انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٨٦ ص٢٠١ هامش ١ ، وقد ناقش فى هذا الصدد حكم محكمة النقض الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٤ ص٦٣٩ – وأنظر فى أن المنقول يصبح فى هذه الحالة عقاراً بالتخصيص تحت شرط فاسخ آنفاً فقرة ١٤ ) بقى أن تعرف هل الملكية الشائعة هى حق ملكية فردية أو حق ملكية جماعية . تجيب المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على هذا السؤال بما يأتى ،" عرفت المادة .. الملكية الشائعة، ويتبين من التعريف أن هذه الملكية وسط بين الملكية المفرزة والملكية المشتركة (الجماعية) " فالحصة التى يملكها الشريك فى الشيوع شائعة فى كل المال لا تتركز فى جانب منه بالذات ، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة والشئ

المملوك فى الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصته فيه وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة (الجماعية) . (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٧٩)

وإذا كان صحيحا أن الملكية الشائعة هى وسط بين الملكية المفرزة والملكية الجماعية فإنه يبقى أن نعرف هل طبيعة الملكية الشائعة هى من طبيعة الملكية المفرزة أو من طبيعة الملكية الجماعية ، يجب بادئ ذى بدء أن نبرز الفرق واضحاً بين طبيعة الملكية الشائعة وطبيعة الملكية الجماعية .

فالملكية الجماعية هى ملكية مشتركة لا ملكية فردية ، لأن المالك فيها هو جماعة من الناس لا يملك أى واحد منهم بمفرده لا الشئ المملوك ولا اية حصة فيه ، بل الكل يملكون مجتمعين – دون أن تكون لهم شخصية معنوية كل الشئ المملوك ، أما الملكية الشائعة فهى ملكية فردية لا ملكية مشتركة ، لأان كل شريك فى الشيوع يملك ملكية فردية حصته فى المال الشائع وينصب حقه مباشرة على هذه الحصة .

مفاد ما تقدم " أن الملكية إما أن تكون ملكية فردية أو ملكية جماعية ، والملكية الفردية إما أن تكون ملكية مفرزة أو ملكية شائعة ، ومن ثم تكون الملكية الشائعة هى حق ملكية حقيقية ، وهى أحد نوعى الملكية الفردية . وإذا كانت الملكية الشائعة تنصب على كل المال الشائع ، فإن حق كل مالك فى الشيوع ينصب على حصته الشائعة فالحصة الشائعة لا كل المال الشائع ، هى محل حق الشريك فى الشيوع ، وقد أبرزت محكمة النقض ما للحصة الشائعة من كيان ذاتى يجعلها تتميز عن مجموعة المال الشائعة ، فقالت : " وأنه وإن كانت الملكية الشائعة تسرى بقدرها إلى كل أجزاء المال المشاع فإن ذلك لا يمحو ما لكل حصة فيه من كيان ذاتى ، فتكون فى كل جزء منه متميزة بالقوة عن غيرها إلى حصول القسمة ، وحينئذ تصير متميزة بالفعل ، ذلك أن الحصة الشائعة ، وإن لم تكن فى العيان متميزة حالاً ، فإنها متميزة بالقسمة مالا ، وبموجب ما للقسمة من أثر رجعى كاشف تكون فى نظر القانون متميزة عن غيرها من أول الأمر . فإذا قضى حكم برفض دعوى تثبيت ملكية أرض اشتراها المدعى مؤسساً ذلك على بطلان عقد البيع

الصادر إليه نتيجة سبق الحكم ببطلان عقد تمليك البائع الأصلى فى حين أن هذا البائع كان قد تملك بعد البيع الصادر منه حصة شائعة فى جملة الأطيان يمكن أن تخرج منه الحصة المبيعة ، فلا مخالفة فى ذلك للقانون . إذ أن ما باعه البائع الأصلى وآل أخيراً إلى المدعى ، وإن كان قدراً شائعاً فى جملة الأطيان فإنه قدر معين بذاته متميز عن غيره بكونه هو ما اشتراه هذا البائع من أحد الورثة ، وقضى بإبطال البيع الصادر له فى خصومه ، فهو لذلك يختلف عن القدر الشائع الذى تملكه البائع المذكور فيما بعد بالشراء من مالك آخر مشتاع ( نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاماً جزء ٢ص٩٩١)

- **الملكية الشائعة وحساب الحصص** :

لقد نصت المادة ٨٢٥ مدنى على أنه " إذا ملك إثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك " . مفاد ذلك أن " الشيوع يكون عندما يوجد الشئ واحد مملوكا فى مجموعة لعدة أشخاص من غير أن يخصص لكل منهم جزء مادى معين ، وتكون الأنصبة متساوية أو مختلفة ويحددها المصدر المنشئ للشيوع ودائما يكون سبباً من أسباب كسب الملكية ، فإن كان ميراثاً عين القانون حصة كل وارث وأن كان وضع يد المدة الطويلة تساوت الأنصبة ، وأن كان وصية عين الموصى حصة كل موصى له ، وأن كان عقدا تكفل العقد بتعيين حصة كل شريك ، فإن لم تتعين الحصص كانت متساوية وعلى من يدعى عكس ذلك فعليه إثبات ما يدعيه ، وقد ينشأ الشيوع من الالتصاق أو الإستيلاء أو الشفعة ، ولكل من المشتاعين الحق فى الشيوع فى كل جزء من أجزاء المال الشائع وبقدر نصيبه ولكنه لا يملك هذا الجزء وحده وإنما يشترك معه فيه باقى المشتاعين كل بقدر حصته وتحدد حصص الشركاء فى الملك الشائع عند بدء الشيوع ، فإن لم يكن هناك تحديد أو كان هناك شك فى التحديد حسب الحصص بالتساوى .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " متى كانت حصص كل من الشركاء فى المحل التجارى لم تفرز فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم تر المحكمة دليلاً مقنعاً على غير ذلك عملا بأحكام المادة ٨٢٥ من القانون المدنى

الجديد والتى قنت – على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور – ما كان معمولاً به أثناء سريان القانون المدنى القديم .( جلسة ١٩٧٠/١/٨ الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ٣٤ق س٣١ ص٢٤) وبأنه " إذا لم يعين الاتفاق أو القانون نصيب كل من الدائنين أو المدينين المتعددين لم يبق إلا أن ينقسم الالتزام عليهم بحسب الرؤوس أو بأنصبة متساوية وإذ خلا العقد – موضوع الدعوى – من تحديد نصيب كل من البائعين فى ثمن ما باعاه معا صفقة واحدة غير مجزاة فإنه يكون لكل بائع نصف ثمن المبيع" (نقض ١٩٧٢/٣/٩ طعن ١٣٨ س٣٧ق)

- **اكتساب الحصة الشائعة بالتقادم** :

فى الملكية الشائعة ، يجوز للشريك الذى ينفرد بالحيازة المادية ، أن يكتسب ملكية حصة شريكه بالتقادم ، ويشترط لذلك أن يجابه شريكه مجابهة صريحة تقطع فى الدلالة على أنه ينكر عليه ملكيته فى المال الشائع ، وأن يستمر على هذا الإنكار خمس عشرة سنة ، فإن لم يتوافر ذلك ، فإن وضع اليد وحد ، لا يكقى لإكتساب ملكية الحصة الشائعة مهما طالت مدته لما يكتنفه من غموض وإبهام ، إذ بدون تلك المجابهة ، تكون الحيازة بالأصالة عن واضع اليد وبالنيابة عن باقى الشركاء فى الشيوع ، فيكتنفها الغموض والإبهام ، وبالتالى لا تصلح لاكتساب الملكية لما يتطلبه ذلك من أن تكون الحيازة واضحة لا ليس فيها ، حتى لو كان المال الشائع ينتج ثمرات إنفراد بها الشريك واضع اليد ، لتوافر مظنة التسامح من باقى الشركاء ، وهو ما يتوافر به أيضا الغموض ، وبالتالى لا يكفى أن يتمسك واضع اليد بإنفراده بالثمرات دون باقى الشركاء لإكتساب ملكية حصصهم بالتقادم ، وإنما يجب عليه إثبات مجابهتهم مجابهة ساطعة منكرا عليهم حقهم ومدعيا الملكية له وحده دونهم ، كتحرير محضر لأخذ التعهد عليهم بعدم التعرض له فى ملكيته لعين النزاع وأن لاحق لهم فى التعرض له فيها ، ويجب لتوافر المجابهة أن يسأل الشركاء جمعيا فى هذا المحضر ، ومن هذا التاريخ يبدأ سريان التقادم حتى لو أنكروا ما يدعيه واضع اليد ، طالما إستمر فى وضع يده مدة خمس عشرة سنة ، مستوفيا شروط التقادم . ( أنور طلبه ص٣٤٠)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " ليس فى القانون – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – ما يحرم على الوارث أن يتملك بالتقادم نصيب غيره من الورثة ، إذ فى ذلك كأى شخص أجنبى عن التركة يتملك بالتقادم ، متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة فى القانون (جلسة ١٩٧١/٣/١١ الطعن رقم ٣٢٨ لسنة ٣٦ق س٢٢ ص٢٨٢) وبأن " وضع أحد الملاك على الشيوع يده على جزء من العقار يوازى حصته فإنه لا يكون من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه هذا القدر بل كل ماله أن يطلب قسمة العقار وينتقل هذا الحق للمتصرف إليه من هذا المالك " (جلسة ١٩٩٤/٣/٦ الطعن رقم ١٥٨٣ لسنة ٥٧ق ، جلسة ١٩٩٣/٢/٢١ الطعن رقم ٣٤٦٩ لسنة ٥٨ق)(جلسة ١٩٨٤/١٢/١٣ مجموعة أحكام النقض س٣٥ ص٢٠٨٨) ( جلسة ١٩٨١/١٢/١٨ مجموعة أحكام النقض س٣٢ ص٥٥٤) (جلسة ١٩٧٩/٢/٧ مجموعة أحكام النقض س٣٠ ص٤٩٦) وبأنه " يجوز تغيير صفة الحائز بعد انتهاء قسمة المهايأة من حائز بسبب وقتى معلوم إلى حائز بقصد التملك ، إذا جابه هذا الحائز باقى الملاك المشتاعين بما يفيد قصده القاطع فى التملك " (جلسة ١٩٧٠/٥/١٩ الطعن رقم ١٢٧ لسنة ٣٦ق س٢١ ص٨٦٢) وبأنه" ليس فى القانون ما يمنع الشريك فى العقار من أن يكسب بالتقادم ملكية حصة أحد شركائه المشتاعين إذا استطاع أن يحوز هذه الحصة حيازة تقوم على معارضة حق المالك لها على نحو لا يترك محلاً لشبهة الغموض والخفاء أو مظنة التسامح واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة ( جلسة ١٩٦٨/٣/٢١ الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٣٤ق س١٩ص٥٨٠) وبأنه " الحيازة فى عنصرها المادى تقتضى السيطرة الفعلية على الشئ يجوز التعامل فيه ، وهى فى عنصرها المعنوى تستلزم نية اكتساب حق على هذا الشئ ، ولما كانت الملكية الشائعة لا تنصب إلا على حصة شائعة فى أجزاء المال المشترك إلى أن تتميز بالفعل عند حصول القسمة ، فإن هذه الحصة يصح – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن يكون محلا لأن يحوزها حائز على وجه التخصيص والانفراد بنية امتلاكها ، ولا يحول دون ذلك اجتماع يد الحائز بيد مالك العقار بما تؤدى إلى المخالطة بينها لأن هذه المخالطة ليست عيباً فى ذاتها وإنما العيب فيما ينشأ عنها

من غموض أو إبهام وأنه إذا استقرت الحيازة على مناهضة حق المالك ومناقضته بما لا يترك مجالا لشبهة الغموض أو مظنة التسامح فإن الحيازة تصلح عندئذ لتملك الحصة الشائعة بالتقادم (جلسة ١٩٦٧/٢/٧ مجموعة أحكام النقض س١٨ ص٣٠٦) وبأنه " حيث إن الحصة الشائعة كالنصيب المفرز يصح كلاهما – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن يكون محلاً لأن يحوزه صاحبه على وجه التخصيص والإنفراد ولا فارق بينهما إلا من حيث أن الحائز للنصيب المفرز تكون يده بريئة من المخالطة ، أما حائز الحصة الشائعة فإن يده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين وليست هذه المخالطة عيباً فى ذاتها وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام فإذا انتفت واستقرت الحيازة على مناهضة حق باقى المالكين ومناقضتهم بما لا يترك مجالاً لشبهة الغموض أو مظنة التسامح فإن الحيازة تصلح عندئذ لأن تكون أساساً لتملك الحصة الشائعة .( جلسة ١٩٨٩/١١/٢٦ الطعن رقم ١٢٨٤ لسنة ٥٧ق)

**كما قضت بأن** " الحصة الشائعة يصح – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن تكون محلاً لأن يحوزها حائز على وجه التخصيص والإنفراد بنية تملكها ولا يحول دون ذلك اجتماع يد الحائز بيد مالك العقار بما يؤدى إلى المخالطة بينهما لأن هذه المخالطة ليست عيباً فى ذاتها وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام ، لما استطاع الشريك فى العقار الشائع أن يحوز حصة باقى شركائه المشتاعين حيازة تقوم على معارضة حق الملاك لها على نحو لا يترك محلاً لشبهة الغموض والخفاء ومظنة التسامح واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة فإنه يكسب ملكيتها بالتقادم .( جلسة ١٩٨٠/١٢/١٨ الطعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٠ س٣١ ص٢٠٥٣) (جلسة ١٩٨١/٤/٣٣ الطعن رقم ٥٨ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٢٣٨) وبأن " اختصاص مورث الطاعنين بمساحة معينة فى عقار لا يحول دون اكتساب ملكية المطعون ضدهم لجزء منها بوضع اليد المدة الطويلة ( نقض ١٩٧٧/٢/٢١ طعن ٥٣٣ س٤١ق) وبأن " الحصة الشائعة كالنصيب المفرز يصح كلاهما – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون محلا لأن يحوزه حائز على وجه التخصيص والإنفراد ولا فارق بينهما إلا من حيث أن الحائز للنصيب

المفرز تكون يده بريئة من المخالطة ، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين ، وليست هذه المخالطة عيباً في ذاتها ، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام ، فإذا انتفت واستقرت الحيازة على مناهضة حق باقى المالكية ومناقضتهم بما لا يترك مجالا لشبهة الغموض أو مظنة التسامح ، فإن الحيازة تصلح عندئذ لأن تكون أساسا لتملك الحصة الشائعة بالتقادم (نقض ١٩٧٠/٦/٩ طعن ١٣٣ س ٣٦ق) وبأنه " من المقرر فى ظل القانون المدنى السابق أن الحصة الشائعة يصح أن تكون محلا لأن يحوزها حائز على وجه التخصيص والإنفراد بنية امتلاكها ، ولا يحول دون ذلك اجتماع يد الحائز بيد مالك العقارب ما يؤدى إلى المخالطة بينهما ، لأن هذه المخالطة ليست عيبا فى ذاتها ، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض أو إبهام ، فإذا استطاع الشريك فى العقار الشائع أن يحوز حصة أحد شركائه المشتاعين حيازة تقوم على معارضة حق المالك لها على نحو لا يترك محلا لشبهة الغموض والخفاء أو مظنة التسامح ، وأستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة فإنه يكسب ملكيتها بالتقادم ( نقض ١٩٧٠/٥/١٩ س٢١ ص٨٦٣ ، نقض ١٩٤٦/١٠/١٠ ج١ فى ٢٥ سنة ص٤٤٦ ، ١٩٥٢/١١/٢٠ المرجع السابق ص٤٥٠) وبأنه " وإذا كان الخصوم فى دعوى القسمة لم يتجادلوا – أمام المحكمة – بشأن ملكية المطعون عليهم لبعض الأعيان المطلوب قسمتها بوضع يدهم عليهما مفرزه المدة الطويلة المكسبة للملكية ، فإن الحكم الصادر منها بندب خبير لاجراء القسمة لا يمنع المطعون عليهم ، وهو ممن صدر عليهم هذا الحكم من أن يدعوا ملكية العين المتنازع عليها تأسيسا على أنهم وضعوا اليد عليهم مفرزة بنية تملكها المدة الطويلة للملكية ( نقض ١٩٧١/٦/٢٤ طعن ٢٢٥ س ٣٦ق)

**كذلك قضت بأن** " مجرد وضع يد المورث على قدر مفرز من أرض مشتركة لا تمنعه من أن يطالب بتثبيت ملكيته لحصته الميراثية شائعة فى هذه الأرض ، ولا من القضاء له بذلك مادامت التركة لا تزال على الشيوع ، وإذن فلا يعيب الحكم فى هذه الدعوى اغفاله بحث أمر وضع اليد اعتباراً بأنه غير منتج ( نقض ١٩٤٩/١/٦ ج ٢فى ٢٥ سنة ص٩٩١) وبأنه " عدم توقيع جميع الشركاء على عقدى القسمة ، وكونها لا تصلح للاحتجاج بها على الطاعنين ليس من شأنه أن يحول دون وضع يد

**المطعون عليهم – شركاؤهم فى الملكية على الأطيان موضوع العقدين – وضعا مؤديا لكسب الملك ، ولا يمنع من أن يتخذ الحكم من هذين العقدين قرينة على ثبوت وضع اليد ، تضاف إلى أقوال شاهدى الإثبات ( نقض ١٩٧١/٦/٢٤ طعن ٢٥٥ س٣٦ق) وبأنه " وإذا كان الحكم قد خلص إلى أن وضع يد مورث الطاعنين ، ويد الطاعنين من بعدها ، على أى جزء من القدر المطالب بتثبيت ملكيتهم إليه على الشيوع ، قد خلا من مواجهة باقى الشركاء بما يفيد جحد ملكيتهم وإنكارها عليهم ، فلا يكسبهم نصيب هؤلاء الشركاء مهما طالت مدة وضع اليد ، فإن الجدل حول عدم أخذ المحكمة بما قام فى الدعوى من أدلة مجابهة شركائهم بانكار ملكيتهم ، لا يعدو أن يكون جدلا فى تقدير الدليل الذى لم تجد فيه محكمة الموضوع ما يكفى لاقتناعها ، وهو ما تستقل به وحدها ومرهون بما يطمئن إليه وجدانها ( نقض ١٩٦٩/١٢/٢٥ طعن ٣٩٧ س٣٥ق)**

**وتجدر الإشارة إلى إن إذا كان شخص يضع يده على جزء مفرز من المال الشائع ، واستمرت حيازته له مدة خمس عشرة سنة ، مستوفية شرائطها القانونية ، وكان هذا المال يتضمن حصة شائعة لا يجوز تملكها بالتقادم ، فإن هذه الحصة تختلط بالحصة محل الحيازة ، بإعتبار أن كل شريك فى الشيوع يمتلك فى كل ذرة من ذرات المال الشائع جميعه ، مما يمتنع معه على الحائز أن يتمسك بتملكه الحصة محل حيازته بالتقادم إ يمتك ذلك للحصة التى لا يجوز تملكها بالتقادم حتى لو ترتب على القسمة اختصاص أحد الشركاء ممن يجوز تملك حصتهم بالتقادم بتلك الحصة ، لأن وضع اليد منذ البدء فيه كان وارداً على ذرات ضمن الحصة محل الحيازة لا يجوز تملكها بالتقادم ، ومن ثم يبدأ التقادم من تاريخ القسمة النهائية التى تستقر بها ملكيته كل شريك . ( أنور طلبه ص٣٤٤)**

***وتنص المادة ٨٢٦ مدني على أن" كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء .***

***وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة ، وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى ابطال التصرف " .***

- **تصرف الشريك فى حصته شائعة** :

المالك على الشيوع ، كما يقول النص سالف الذكر " يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد:" الملكية فى الشيوع كالملكية المفرزة تشتمل على عناصر ثلاثة : الإستعمال والإستغلال والتصرف إلا أن الاستعمال والاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الآخرين ، فالمالك فى الشيوع له أن يستعمل حقه وأن يستغله بحيث لا يلحق الضرر بحقوق الشركاء . ( السنهورى ص٧٥٤)

مفاد ذلك أن " الشريك إذا تصرف فى حصته ، فيجب أن يتصرف فيها وفقا للحق الثابت له ، وبالتالى يجب أن يكون التصرف وارداً على حصته شائعة ، وحينئذ ينفذ التصرف بالنسبة لباقى الشركاء ، فإن تجاوز هذا الحق ، وتصرف فى حصته مفرزة وفى حصة شائعة تجاوز حصته ، فإن تصرفه بالنسبة للحصة المفرزة ، لا ينفذ بالنسبة لباقى الشركاء ، ولا ينفذ فيما جاوز حصته الشائعة ويكون لباقى الشركاء رفع دعوى بعدم سريان التصرف فيما جاوز حصة الشريك وتثبيت ملكيتهم لما جاوزها . (أنور طلبه ص٤٤٦)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " النص فى المادة ٨٢٦ من القانون المدنى يدل – وعلى ما أوردته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد – على أن الملكية فى الشيوع المفرزة تشتمل على عناصر ثلاثة : الاستعمال والاستغلال والتصرف إلا الاستعمال والاستغلال يتقيان بحقوق الشركاء الآخرين ، وكانت المطعون ضدها لم تقم دعواها بالطرد إلا على أساس غصب ملكها دون أن تتسبب للطاعن الأول – الشريك الشائعوهو والد الطاعن الثانى – أنه استعمل حصته الشائعة استعمالا الحق ضرراً بسائر الشركاء فإنه يكون من حقه استعمال هذه الحصة لسكناه وعائلته وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بطرد الطاعنين من شقة النزاع فإنه يكون قد خالف القانون" (جلسة ١٩٨٤/٦/١٣ الطعن رقم ٩٧٦ لسنة ٥٢ق س٣٥ ص١٦٥٨) وبأنه " الثمار التى تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل كنهم وللشريك على الشيوع أن يرجع

بريع حصته على الشركاء الذين يضعون على ما يزيد عن حصتهم كل بقدر نصيبه فى هـذه الزيـادة ( جلسـة ١٩٨٢/١١/٢١ الطعـن رقـم ١٧٣٧ لسـنة ٥١ق س٣٣ ص٩٩٠) وبأن " الثمار التى تنتج من المال الشائع أثناء قيام حالة الشيوع من حق الشركاء جميعاً بنسبة حصة كل منهم وإجراء القسمة بعد ذلك لا يجعل للمتقاسم حقا فى الاستئثار بثمار الحصة التى خصصن له إلا من وقت حصول القسمة" (جلسة ١٩٦٥/١١/٢٥ الطعن رقم ١٣٦ لسنة ٣١ س١٦ ج٣ ص١١٤٦) وبأنه " ليس ثمة ما يمنع وإن كان مالكا على الشيوع أن يبيع ملكه محدداً وأن حالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو اجازة الشريك على الشيوع إلا أن هذا كله لا يبطل عقد البيع وبتسجيل المشترى لعقده تنتقل الملكية إليه ويصبح شريكاً لباقى الشركاء تجب مخاصمته فى دعوى القسمة إن لم يجز هؤلاء الباقون من الشركاء عقده ( جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨ الطعن رقم ٣٦١ لسنة ٢٢ق س٧ ص٦٠) وبأنه " تصرف الشريك فى مقدار شائع يزيد على حصته لاي نفذ فى حق الشركاء الآخرين فيما يتعلق بالقدر الزائد على حصة الشريك المتصرف ويحق لهم أن يرفعوا دعوى بتثبيت ملكيتهم وعدم نفاذ البيع فيما زاد على حصة الشريك البائع دون انتظار نتيجة القسمة (جلسة ١٩٧٥/١١/١١ الطعن رقم ٢١٤ لسنة ٤٠ق س٢٦ ص١٣٨٨) وبأنه " تصرف الشريك فى حصة شائعة نافذ فى مواجهة شركائه دون حاجة إلى موافقتهم طبقا لنص المادة ١/٨٢٦ من القانون المدنى ( جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤ الطعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٢ق س١٧ ص٧٢٣) وبأنه " من حق الشريك على الشيوع أن يبيع جزءاً مفرزاً من المال قبل إجراء القسمة " (جلسة ١٩٧٢/٤/٢٩ الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٣٧ق س٢٣ ص٧٨١) وبأنه " للشريك على الشيوع طبقا للمادة ٨٢٦ من القانون المدنى أن يتصرف فى حصته وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها ، إلا أن ذلك مشروط بألا يلحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء (جلسة ١٩٧٩/٢/٧ رقم ٢٢٩ لسنة ٤٨ق س٣٠ ج١ ص٤٩٦) وبأنه " وإذا كانت محكمة الموضوع ملزمة بإعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانونى الصحيح ، وكان الثابت من الحكم الإبتدائى والحكم المطعون فيه أن الطاعن أقام دعواه طالباً الحكم بإبطال عقد البيع موضوع النزاع بالنسبة لحصته

البالغ مقدارها ١٢ قيراطاً على الشيوع فى العقار المبيع استناداً إلى نص الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ من القانون المدنى ، فإن التكييف القانونى السليم للدعوى هى أنها أقيمت بطلب الحكم بعدم سريان ذلك العقد فى حق الطاعن " (نقض ١٩٧٩/٣/٢٩ طعن ٤٠١ س٤٣ق)

وبناء على على ما تقدم لا يجوز لأى من الشركاء الإنفراد بالقيام بأى عمل مادى من شأنه أن يشغل العين أو جزء منها كزراعتها أو البناء عليها . فمثلا إذا وضع أحد الشركاء يده على العين أو جزء معين منها بغية القيام بمفرده بزراعتها أو البناء عليها كان لباقى الشركاء الإعتراض على ذلك وإذا كان زرع فعلا أو أقام البناء عليها كان لباقى الشركاء طلب إزالة ، الزرع أو هدم البناء حتى ولو كان ما أقامه الشريك متفقا وما أعدت الأرض الشائعة . ولكن إذا اختار باقى الشركاء أبقاء ما أقامه الشريك من زرع أو أبنية فعليهم أن يشتركوا فى نفقات إقامتها بنسبة حصصهم .

**وفى ذلك تقول محكمة النقض أن** " الشريك الذى يقيم بناء على العين المشتركة لا يعتبر من الغير فى معنى المادة ٦٥ من القانون المدنى ، فإذا ما طالب الشريك الآخر بملكيته لحصة فى هذا البناء وجب أن يكون ذلك فى مقابل ما يناسبها فى تكاليف البناء الفعلية وقت إقامته ، إذ أن مطالبته هذه تفيد أنه اعتمد فعل شريكه ، ومن ثم يكون الشريك البانى فى هذه الحالة معتبرا فى حكم الوكيل " (طعن رقم ٩٧ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٣٠)

- **انفراد أحد الشركاء بتأجير العين الشائعة لكلها أو بعضها** :

إذا انفرد أحد الشركاء بتأجير العين الشائعة كلها أو بعضها فلا ينفذ الإيجار فى حق الشركاء الآخرين ، فيكون لهؤلاء الشركاء حق التصرف فى العين واستغلالها دوكن اعتبار لوجود المستأجر من شريكهم ، وإذا كان المستأجر قد شغل العين جار لهم أن يطلبوا طرده عنها وحينئذ لا يجوز للمستأجر أن يدفع دعوى الإخلاء لحين اجراء القسمة لاحتمال وقوع العين المؤجرة فى نصيب المؤجر ولكن لما كان الإيجار الذى انفرد الشريك بإبراكه تصرف صادراً من مالك فيكون صحيحاً بين طرفيه فلا يجوز للمؤجر أن يتحلل فيه بحجة أن شركاءه قد اعترضوا عليه ، ولا يجوز للمستأجر أن يتحلل منه بحجة أنه مهدد فى الإنتفاع بالعين بسبب عدم نفاذ الإيجار فى حق الشركاء الآخرين إلا إذا كان قد وقع فى غلط بأن حسب أن الملكية خاصة

للمؤجر ثم تبين بعد ذلك أنها شائعة ففى هذه الحالة يكون المستأجر قد وقع فى غلط جوهرى يجز له طلب الإبطال .

وإذا أجر القسمة ووقعت العين المؤجرة فى نصيب الشريك المؤجر استقر الأجر للمستأجر ، إما إذا وقعت العين فى نصيب أحد الشركاء الآخرين فإن حق المستأجر ينتقل إلى العين التى ألت إلى المؤجر فى حدود القدر المؤجر له ، وهذا ما قصدته الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدنى حيث نصت على أنه " إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة .

وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى إبطال التصرف فيها مفرزة ، الحق فى ابطال التصرف " .

وعلى ذلك ليس من سبيل أمام المشترى أو المتصرف إليه لطلب إبطال البيع أو التصرف ما دام يعلم أن البائع أو المتصرف مالك على الشيوع ، إذ لا وجه للإبطال على أساس صدوره من غير مالك من ناحية ، ولا للإبطال على أساس الغلط طالما أنه على بينة من مالك على الشيوع ويعتقد أنه مالك ملكية مفرزة خالصة للجزء المفرز المبيع أو المتصرف فيه ، فمن حقه حينئذ طلب الإبطال ولكن على أساس ما وقع فيه من غلط يعيب إراداته ، وليس على أساس صدور البيع أو التصرف من غير مالك ، وهذا ما عناه المشرع المصرى بتأكيد حق المتصرف إليه فى طلب إبطال التصرف إذا كان فحسب يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، إذ لو كان يقصد اعتبار التصرف فى الجزء المفرز صادراً من غير مالك لما كان هناك من داع للتفرقه بين حالة علم المتصرف إليه بملكية المتصرف الشائعة أو جهلة بها وحرمانه من حق طلب الإبطال فى الحالة الأولى دون الثانية طالما أن أحكام التصرف فى ملك الغير تسوى بين الحالتين وتعطى للمتصرف إليه حق طلب الإبطال فيهما معا .

وقصر حق المتصرف إليه فى الإبطال على الإبطال بسبب عيوب الرضا وبخاصة الغلط ومنعه من طلب الإبطال على أساس صدور التصرف من غير مالك ، هو الحكم الواجب تقريره بصفة مطلقة سواء فى فترة قيام الشيوع أو بعد فضه بالقسمة .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** : ليس للشريك على الشيوع ولا لمن تلقى الحق عنه أن يدعى الإستحقاق فى الجزء الذى باعه الشريك الآخر إلا بعد أن تحصل القسمة ويع المبيع فى نصيبه هو ، أما قبل ذلك فتكون الدعوى سابقة لأوانها "(طعنرقم ٤ لسنة ١٠ق – جلسة ١٩٤٠/٤/٢٥) وبأنه " ليس ثمة ما يمنع البائع وأن كان مالكا على الشيوع أن يبيع ملكه محددا مفرزاً ، وحالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفه أو معلقه على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشيوع إلا ان ذلك كله لا يبطل عقد البيع " ( طعن رقم ٤٧ لسنة ١٩ق – جلسة ١٩٥٠/١٢/٧) وبأنه " جرى قضاء هذه المحكمة على أن للشريك على الشيوع فى التركة أن يبيع حصة محددة ، ولا يستطيع أحد الشركاء الاعتراض على هذا البيع والإدعاء بأنه يستحق المبيع مادام أن التركة لم تقسم قسمة إفراز .( طعن رقم ١١١ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/٦/٣٠) وبأنه " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للمالك على الشيوع إذا وضع يده على جزء مفرز من العقار يوازى حصته ، الحق فى حماية وضع يده وليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه هذا القدر بل كل ماله أن يطلب قسمة العقار أو يرجع على واضع اليد بما يقابل الانتفاع "( طعن رقم ٣٤١ لسنة ٣٩ق – جلسة ١٩٧٤/١٢/٣)

**كما قضت بأن** " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة – أن للشريك على الشيوع أن يبيع جزءا مفرزا من المال الشائع قبل إجراء القسمة فقد نصت المادة ٨٢٦ فقرة ثانية من القانون المدنى على أنه " إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل جق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة " ومتى تقرر ذلك فإن الطاعن يكون قد اشترى من المطعون عليه الجزء المفرز الذى يبيعه أو ما يحل محله مما يقع فى نصيب المطعون عليه عند القسمة ، فإن وقع الجزء المفرز عند القسمة فى نصيب المطعون عليه خلص للطاعن ، وإن لم يقع انتقل حق الطاعن بحكم الحلول العينى من الجزء المفرز للمبيع إلى الجزء المفرز الذى يؤول إلى المطعون عليه بطريق القسمة ومن ثم كان للوالد أن يبيع لابنه مفرزا أو شائعا وأن يبيع أبنه بدوره إلى الطاعن مثل ذلك ، ومن ثم فإن النعى على الحكم المطعون فيه

– بأن البائع لا يملك الحصة المبيعة مفرزة – يكون على غير أساس "(طعن رقم ٩١٠ لسنة ٤٥ق – جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥) وبأنه " نص المشرع فى المادة ٨٢٦ من القانون المدنى على أن "كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكاً تاما وله أن يتصرف فيها ويستولى على ثمارها وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة ..." ثم نص فى المادة ٩٣٦ من هذا القانون على أنه " يثبت الحق فى الشفعة للشريك فى الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى اجنبى " يدل على أن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محدداً مفرزاً ويقع البيع صحيحاً وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء فى الشيوع ، ومتى كان هذا البيع صحيحاً وصدر لأجنبى وكان الإفراز الذى تحدد به محل البيع لا يحاج به سائر الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاءا أو رضاءا مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع فإنه ينبنى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى ذلك البيع وفقا لصريح عبارة النص فى المادة ٩٣٦ من القانون المدنى" ( طعن رقم ٧٨٤ لسنى ٤٧ق – جلسة ١٩٨٠/٥/١) وبأنه " ...... إذ أن حقه فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيرة على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى من أن التصرف إذا أنصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ويترتب عليها فى شأنه ما يترتب عليها فى شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة (طعن رقم ١٦١ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٩) وبأنه " لما كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة عملا بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى أنه إذا كان البيع الصادر من أحد المشتاعين قد أنصب على جزء مفرز من العقار الشائع وتمت قسمته بعد ذلك بين الشركاء فإن القسمة

تكون حجة على المشترى ولو لم يكن طرفا فيها ويترتب عليها فى حقه ما يترتب عليها فى حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكاً للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه فإذا وقع القدر المفرز المبيع له فى نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر وإن لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى البائع بطريق القسمة ، وخلص القدر المبيع لمن خصص له فى القسمة مظهرا من هذا التصرف وبذلك يصبح استمرار المشترى فى وضع يده على هذا القدر مجردا من السند ويكون لمن اختص به الحق فى استلامه من تحت يد المشترى ، كما يحق ذلك ممن اختص به ولو لم يسجل عقده "(طعن رقم ٦٨٦ لسنة ٤٨ق – جلسة ١٩٨١/١٢/١٣)

**كذلك قضت بأن** " النص فى الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى على أن " إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة " يدل على أن بيع الشريك الشائع لجزء مفرز من العقار الشائع قبل إجراء القسمة بين الشركاء لا يجيز للمشترى طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزا قبل إجراء القسمة ووقوع المبيع فى نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلا " ( طعن رقم ٢٣٨٢ لسنة ٥١ق – جلسة ١٩٨٢/١١/٤) وبأنه " مؤدى نص المادتين ٨٢٦ ، ٩٣٦ من القانون المدنى أن للمالك على الشيوع الحق أن يبيع ملكه محدداً مفرزاً ويقع البيع صحيحاً وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء فى الشيوع ، ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبى وكان الإقرار الذى تحدد به محل البيع لا يحاج به سائر الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع فإنه ينبنى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى ذلك البيع وفقا لصريح عبارة النص فى المادة ٩٣٦ من القانون المدنى "( طعن رقم ٣٨٤ لسنة ٤٩ق – جلسة ١٩٨٣/١/٣٠) وبأنه " النص فى الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى على أنه إذا كان التصرف منصبا على جزء من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف

انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة ، يدل على أن يبيع الشريك الشائع لجزء مفرز من العقار الشائع قبل إجراء القسمة بين الشركاء لا يجيز للمشترى طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزا قبل إجراء القسمة ووقوع المبيع فى نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلا "(طعن رقم ٢١٢٣ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٥) وبأنه " المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه وإن كان لكل من – الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية فى حصته الشائعة ، وأنه إذا تمكن أحدهم من البناء على جزء من العقار الشائع ، فإنه لا يعد بانيا فى ملك غيره ، وكل ما للشريك الآخر أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ، ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة ، إلا أن مناط ذلك أن يكون القدر الذى بنى عليه معادلا لنصيبه فيه ، فإذا جاوزه اعتبر بانيا فى ملك غيره وبسوء نية بالنسبة لما أقامه على ما يجاوز حصته " ( طعن رقم ٣٩٥٢ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧) وبأنه " لا مجال لإعمال الحلول العينى إلا إذا أصاب المتصرف بالبيع حصة مفرزة من المال الشائع ، فإن زالت حالة الشيوع بتصرف البائع لكامل حقه لشريكه الآخر استحال فى هذه الحالة أن يقع الجزء المفرز فى نصيب البائع أو إعمال الحلول بعد أن آلت ملكية العقار كله إلى غير المتصرف وينتفى سند المشترى فى وضع يده على ذلك الجزء المفرز من العقار قبل المالك له "( طعن رقم ٢٣٢٢ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٢/٧/٢٨)

- **حق الشريك فى رفع دعاوى الحيازة** :

يجوز للشريك الذى استأثر بوضع اليد على جزء من المال الشائع أن يلجأ إلى دعاوى الحيازة لحماية حيازته وذلك إذا كانت حيازته مستوفية للشروط التى يتطلبها القانون بالنسبة لكل دعوى من دعاوى الحيازة الثلاث . ( عبد المنعم الصدة ص١٨٧ وما بعدها )

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " إذا كان أحد الشركاء على الشيوع واضعا يده على جزء معين تسهيلا لطريقة الانتفاع .... فإذا كان الحكم قد أثبت أن وضع اليد بشروطه القانونية كان لأحد الشركاء على الشيوع فلهذا الشريك ، فى سبيل حماية يده الفعلية على العقار من تعرض المشترى من أحد شركائه ، أن يرفع دعوى وضع

اليد ضد المتعرض ، والمشترى وشأنه فى اتخاذ ما يراه كفيلا بالمحافظة على حقوقه "( طعن رقم ٤٦ لسنة ١٢ق جلسة ١٩٤٣/٢/٢٥ ) وبأنه " القانون قد جعل لكل ذى يد على عقار أن يحمى يده بدعاوى وضع اليد ، ولما كان وضع اليد بمعناه القانونى كما يقع على العقار المفروز يقع على الحصة الشائعة ، لا يمنع من ذلك أن تكون الحيازة المادية حاصلة لبعض الشركاء دون البعض الآخر أو لممثل مشترك لهم كوكيل أو مستأجر ، ولما كان لا يوجد فى القانون أية تفرقة فى الحماية بين وضع اليد على الشيوع ووضع اليد الخالص لعدم وجود أى مقتض . لما كان ذلك كذلك فإنه يكون لكل واضع يد ، خالصة أو على الشيوع ، أن يستعين بدعاوى وضع اليد فى حماية يده ، فيقبل رفع هذه الدعاوى من الشريك فى الملك الشائع لدفع التعرض الواقع له ، أيا كان المتعرض ، وفإن وقع من بعض الشركاء فى العقار الشائع فعل يراد به استئثار مرتكبه وحرمان غيره من الشركاء ، فإنه يجوز لهؤلاء أن يستعينوا بدعوى منع التعرض ، وإذن فإذا كان الحكم قد رفض دعوى منع التعرض بمقولة إنه لا يجوز فى القانون رفعها من الشريك على شريكه فى الشيوع فإنه يكون مخالفا للقانون " (طعن رقم ١٠٩ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٤/٥/٤ ، ذات المبدأ طعن رقم ٦٢ لسنة ٦ق جلسة ١٩٣٧/٣/١١ ) وبأنه " للمالك على الشيوع أن يدفع دعوى تعرض الشركاء له صونا لحيازته ، وإذن فمتى كان الثابت أن المدعى هو الذى استلم الموضوع الدعوى واستمر حائزا لها حيازة هادئة ظاهرة وزرعها بواسطة مستأجر به حتى نازعه المدعى عليه فى حيازته بعد شرائه نصيب شركائه ، فغنه يكون للمدعى أن يدفع تعرض المدعى عليه له وأن يرفع دعوى اليد ضده حماية لحيازته " (طعن رقم ٢٢٤ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٤/١٢/١٦ ) وبأنه " للحائز على الشيوع أن يرفع دعاوى اليد ضد شركائه الذين ينكرون عليه حقه فى الانتفاع بمظاهرة مادية تخالف حقوق الشركاء على الشيوع " (طعن رقم ١٧٩ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/١١/٢٤ ) وبأنه " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للمالك على الشيوع إذا وضع يده على جزء مفرز من العقار يوازى حصته ، الحق فى حماية وضع يده وليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه هذا القدر بل كل ماله أن يطلب قسمة العقار أو يرجع على واضع اليد بما يقابل الإنتفاع " ( طعن رقم ٣٤١ لسنة ٣٩ق

جلسة ١٩٧٤/١٢/٣) وبأنه " المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أنه وفيما عدا حالة اتحاد الذمة بشروطها إذا وضع أحد الشركاء على الشيوع يده على جزء معين من المال الشائع تسهيلا لطريقة الانتفاع فليس من حق أحد الشركاء انتزاع هذا الجزء منه بإعتبار أن واضع اليد يمتلك فيه ما يتناسب مع نصيبه فى المجموع ويكون انتفاعه بالباقى مستمدا من حقوق شركائه الآخرين على أساس التبادل فى المنفعة إلا أن ذلك رهن بأن يكون واضع اليد مالكا على الشيوع بأحد أسبتب كسب الملكية المقررة قانوناً وألا يتصف بصفة المستأجر والتى مؤادها جعل انتفاعه بالعين مستندا إلى هذا الصفة فحسب ونفاذ عقد الإيجار قبله بشروطه وعدم جواز التحلل منه وصيرورة التحدى بعدم أحقية باقى الملاك على الشيوع فى انتزاع هذا الجزء منه مفتقرا إلى سنده القانونى الصحيح "( طعن رقم ٧٤٢٥ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٧/١١/١٣)

- **تسليم الحصة المبيعة** :

إذا كان المالك قد تصرف فى حصته الشائعة فإن تصرفه يكون نافذا فى حق بقية الشركاء . وهذا ما تضمنه نص الفقرة الأولى من المادة ٨٢٦ مدنى حيث نصت على أن "كل شريك على الشيوع يملك حصته ملكا تاماً وله أن يتصرف فيها " ما إذا كان المالك قد تصرف فى حصة مفرزة فإن تصرفه يكون صحيحاً بالنسبة للمتصرف إليه ولكنه غير نافذ فى حق باقى الشركاء . وبناءاً عليه يرد التسليم على الحصة الشائعة بوضعها شائعة تحت تصرف المشترى ، سواء سجل عقد البيع أو لم يسجله ، بإعتبار أن هذا العقد ينقل للمشترى الانتفاع بالمبيع ولو لم يكن مسجلاً . وينحصر حق المشترى فى هذه الحالة فى طلب تسليم الحصة المبيعة شائعة ، وبالتالى لا يجوز له طلب تسليم حصة مفرزة لما فى ذلك من مخالفة للأثار التى يرتبها عقد البيع الذى يستمد منه حقه فى طلب التسليم .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " المشترى لحصة شائعة فى العقار الشائع ليس له طلب التسليم فوراً " (نقض ٢٠٠٠/١/١٧ طعن ١٦٠ س٦٩ق)

لكن إذا تمت القسمة وإختص الشريك البائع بحصة مفرزة تعاد ما باعه للمشترى ، جاز للأخير طلب تسليمها إليه ، فإن جاوزت الحصة التى زفرزت

للشريك القدر المبيع ، نشأت ملكية شائعة جديدة محلها تلك الحصة بين البائع والمشترى وإمتنع على الأخير أن يطلب التسليم مفرزاً ، وبالتالى يجب عليه اللجوء للقسمة الرضائية أو القضائية .

أما أن ورد البيع على حصة مفرزة من المال الشائع ، فلا يجوز القضاء بتسليمها طالما لم يقر البيع باقى الشركاء جميعا ولم يكن البيع صادراً من جميع الشركاء إذ يتضمن التسليم حينئذ قسمة للمال بغير الطريق الذى قرره القانون .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " قسمة المال الشائع تتم بتعيين جزء مفرز من هذا المال لكل شريك لينفرد بملكيته دون باقى الشركاء ، والتسليم الفعلى للمبيع فى البيع على الشيوع – وعلى ما جرى به نص المادة ٢٣٥ من القانون المدنى – يتم بمجرد وضع القدر المباع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والإنتفاع به خلفاً للبائع فى حقوقه وهو مالا تنتهى به حالة الشيوع ولا يعتبر قسمة للمال الشائع ( نقض ١٩٨٥/٢/٧ طعن ١٠٤ س٥٢ق ، نقض ١٩٨٦/٦/١٢ طعن ٤٨٢ س٥٣ق) وبأنه " لا يجوز الحكم للمشترى بالتسليم إذا حكم له بصحة ونفاذ البيع عن قدر مفرز ما لم يثبت حصول قسمة نافذة ووقوع القدر المبيع فى نصيب البائع بمقتضى هذه القسمة ذلك أن البائع له لم يكن يملك وضع يده مفرزاً على حصته قبل حصول القسمة إلا برضاء باقى الشركاء جميعا ولا يمكن أن يكون للمشترى حقوق أكثر مما كان لسلفه هذا إلى ما يترتب على القضاء بالتسليم فى هذه الحالة من إفراز لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون " (طعن رقم ٤٩٤ لسنة ٢٩ق – جلسة ١٩٦٥/١٢/٢) وبأنه " من المقرر فى قضاء النقض أنه لا يجوز للمشترى للقدر المفرز فى العقار الشائع أن يطالب بالتسليم مفرزا قبل حصول القسمة إلا برضاء باقى الشركاء جميعا " ( طعن رقم ١٤٦١ لسنة ٥٣ ق – جلسة ١٩٨٤/٤/٢٩ ) وبأنه " وحيث إن هذا النعى سديد ، ذلك أن مؤدى القضاء بإعتبار المطعون ضده الأول من الغير بالنسبة لحكم القسمة الصادر فى الإستئناف رقم ٢١١ سنة ١٩٧١ مدنى مستأنف الإسكندرية أن يعامل معاملة من تلقى حقاً عينياً على عقار على أساس أنه ما زال مملوكاً على الشيوع ولو كان قد سجل عقد شرائه ، ولما كان النص فى الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون

المدنى على أن " إذا كان تصرف الشريك فى الشيوع منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة " مؤداه أنه إذا كان البيع منصباً على جزء مفرز من العقار الشائع ، وكان سابقاً على إجراء القسمة بين الشركاء ، فإن حق المشترى فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة ، فإذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه – من وقت التصرف – إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة ، وإذا كان هذا الأخير لا يملك حق الاختصاص بحصة مفرزة قبل حصول القسمة إلا برضاء باقى الشركاء فى الشيوع ، فإنه لا يجوز للمتصرف إليه أن يطالب بتسليمه حصة مفرزة طالما بقيت حالة الشيوع قائمة لأنه ليس له من الحقوق أكثر مما كان لسلفه ، هذا فضلا عن أن القضاء بتسليمه تلك الحصة يترتب عليه إفراز جزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتسليم المطعون ضده الأول لحصته المفرزة التى اشتراها بالعقد المسجل برقم ٤٠٧٣ سنة ١٩٨١ شهر عقارى الإسكندرية ، فإنه يكون قد خالف القانونه وأخطأ فى تطبيقه مما يوجب نقضه نقضاً جزئياً فى هذا الخصوص ، لا يغير من ذلك ما أثاره المطعون ضده المذكور فى مذكرة دفاعه من أن الحكم بتسلمه قطعة الأرض التى أشتراها مفرزة لم يصدر ضد الطاعنين وإنما صدر ضد البائعين له إعمالا لحكم امادة ٤٣١ من القانون المدنى – ذلك أن البين من الأوراق أن المطعون ضده الأول ابتغى بطلب التسليم الموجه إلى الأخرين فى الدعوى ٧٥ سنة ١٩٨٦ مدنى كلى اسكندرية مواجهة طلبات الطاعنين فى دعواهم الرقيمة ٤٩٦٤ سنة ١٩٨٢ ، ومن ثم فإن دعواه فى حقيقتها لا تعدو أن تكون دفاعاً فى هذه الدعوى الأخيرة التى تقوم – وفقاً لتكييفها القانونى الصحيح – على طلب عدم نفاذ عقد شرائه فى حقهم ، وهو ما ينبنى عليه أن تندمج الدعاويان وتفقد كل منهما استقلالها " (طعن رقم ١٥٤٨ لسنة ٦٩ق – جلسة ٢٠٠٢/٤/٩)

- **شهر التصرفات الواردة على حصة شائعة** :

متى تصرف الشريك فى قدر يوازى حصته فى المال الشائع شائعة فيه ، صح التصرف ونفذ فى حق باقى الشركاء متى تم تسجيل التصرف ، إذ يعتبر هؤلاء من طبقة الغير مما يتطلب شهر التصرف حتى يمكن للمتصرف إليه أن يحتج عليهم بالتصرف إليه أن يحتج عليه بالتصرف ، وحينئذ يلتزم هؤلاء بإختصامه فى دعوى القسمة وإلا كانت غير نافذة فى حقه ويكون له طلب إجراء قسمة جديدة ، كما يترتب على شهر التصرف أنتقال ملكية الحصة الشائعة إلى المتصرف إليه بالنسبة له والبائع له وباقى الشركاء عملا بنص المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى ، فإن لم يشهر التصرف ظل العقار مشاعا فيما بين الشريك البائع وباقى شركائه وظلت لهم ملكيته دون المشترى من الشريك ، وإذا أقام الشركاء دعوى القسمة ، فلا الزام عليهم باختصام المشترى من أحدهم إذ لا يحاجون بهذا التصرف إلا إذا كان مسجلاً. (أنور طلبه ص٣٥٤)

- **ترتيب حق عينى أصلى على الحصة الشائعة** :

أهم الحقوق العينية الأصلية – عداً حق الملكية – فى حق الإنتفاع وحق الإرتفاق وحق الحكر ، أما الحكر فستعصى طبيعة الشيوع عليه ، ومن ثم لا يجوز لصاحب الحصة الشائعة أن يرتب حق حكر على حصته لأن الحكر يقتضى البناء أو الغراس فى أرض مفرزة ، هذا إلى أن الحكر أصبح لا يجوز ترتيبه إلا على أرض موقوفة ، والأرض الموقوفة لا تكون شائعة ، بل هى مملوكة للوقف .

وكذلك حق الارتفاق لا يرد على حصة شائعة فلا يجوز للشريك فى العقار الشائع أن يرتب على حصته الشائعة حق ارتفاق ، لأن حق الارتفاق يقتضى مباشرة صاحب هذا الحق أعمالا لا تصح مباشرتها إلا على عقار مفرز وكما يجوز ترتيب حق ارتفاق على حصة شائعة كذلك لا يجوز ترتيبه لمصلحة حصة شائعة ، لأن حق الارتفاق غير قابل للتجزئة ( بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٣ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٨٠ ص٣١٨ – إسماعيل غانم فقرة ٧٩ ص١٧٦ ٢ – حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص٣٩٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦١ هامش ١) بقى حق الانتفاع ، وهذا يمكن دون شك لصاحب الحصة الشائعة أن يرتبه على حصته ،

ويكون لصاحب حق الانتفاع فى الحصة الشائعة جميع الحقوق التى يخولها هذا الحق بما يتلاءم مع الشيوع ، فيجوز له أن يستغل الحصة الشائعة ويقوم بإدارتها إدارة معتادة مع سائر الشركاء فى المال الشائع ، وتسرى أحكام الإدارة المعتادة فى المال الشائع هنا ، وإذا اقتضى شأن من شئون هذه الإدارة أغلبية الشركاء اعتد برأى صاحب حق الانتفاع لا برأى الشريك صاحب الرقبة ، أما فيما يجاوز الإدارة المعتادة إلى الإدارة غير المعتادة ، وكذلك فى أعمال التصرف وفى طلب القسمة ، يكون الشريك صاحب الرقبة هو صاحب الشأن فى ذلك ، ولا شأن لصاحب حق الانتفاع ، وإذا انقضى حق الانتفاع قبل انقضاء الشيوع أما إذا بقى حق الإنتفاع قائماً بعد انقضاء الشيوع ، بان قسمت العين الشائعة مثلاً ووقع منها جزء مفرز فى نصيب الشريك صاحب الرقبة ، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى هذا الجزء المفرز بحكم الحلول العينى .(السنهورى ص٧٩٩)

- **ترتيب حق عينى تبعى على الحصة الشائعة** :

الحقوق العينية التبعية هى حق الرهن الرسمى وحق رهن الحيازة وحق الاختصاص وحق الامتياز ، ويجوز أن تترتب كل هذه الحقوق على الحصة الشائعة . فيجوز أن يترتب حق امتياز على الحصة الشائعة إذا باعها صاحبها ولم يقبض الثمن كله ، فيكون له حق امتياز على الحصة الشائعة التى باعها ، سواء كانت عقاراً أو منقولاً ، بما يتبقى له من الثمن .

ويجوز أن يترتب حق اختصاص على الحصة الشائعة ، فيحصل دائن صاحب الحصة الشائعة فى عقار على اختصاص بهذه الحصة ، إذا كان قد استوفى الشروط المقررة قانوناً . لما يجوز للشريك أن يرهن حصته الشائعة رهناً رسمياً إن كانت حصته شائعة فى عقار ، ويكون الرهن عندئذ صحيحاً لأن الشريك أنشأه فى حدود حقه ، أى أن رهن الحصة الشائعة ، هو رهن صحيح ونافذ فى حق جميع الشركاء شأنه شأن بيع الحصة الشائعة وإذا حل أجل الدين المضمون بالرهن ولم يقم المدين الراهن بالوفاء كان للدائن المرتهن أن يطلب التنفيذ على الحصة الشائعة المرهونة وبيعها حتى ولو لم تكن القسمة قد أجريت بعد كذلك يجوز للشريك أن يرهن حصته الشائعة رهناً حيازياً سواء كان المال الشائع عقار أو منقول ويكون هذا الرهن أيضا صحيحاً ونافذاً فى حق جميع الشركاء وإذا تمت القسمة .

واختص الشريك الراهن بحصة غير التى كان قد رهنها مفرزة ، انتقل الرهن إلى الحصة التى اختص بها الشريك الراهن بناء على القسمة لما لها من أثر كاشف مفاده أن الشريك الراهن كان يمتلك تلك الحصة وحدها منذ نشوء الشيوع فينتقل إليها بحكم القانون إذ كان من قبل وارد على حصة غير مملوكة للراهن . ولكن إذا تمت القسمة ولم يختص الراهن فى القسمة إلا بمنقولات فالرأى السائد أن حق الدائن المرتهن .

*وتنص المادة ٨٢٧ مدني على أن " تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك" .*

- **إدارة المـــال الشـــائـع** :

لقد جعل المشرع إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك ، وذلك لأن كل شريك حقاً فى المال الشائع يماثل فى طبيعته حقوق الشركاء الآخرين ، فإذا استقل أحدهم بإدارة المال الشائع كان فى هذا اعتداء على حقوق باقى الشركاء ، فلابد إذن من إجماعهم ، ليقروا على أى وجه إدارة المال الشائع .

فالأصل عند إدارة المال الشائع أن يجتمع كل الشركاء ويناقشون كل عمل من أعمال الإدارة ثم يأخذون الأصوات ، فإن إجتمع رأيهم على تنفيذ العمل ، ثم تنفيذه ، فإن إعتراض بعض الشركاء ، تعين الأخذ برأى الأغلبية محسوبة على أساس قيمة الأنصباء دون إعتداء بعدد الشركاء ، فإن وافق من يمتلك أكثر من نصف قيمة الحصص ، ولو كان شريكاً واحداً ، كان العمل نافذاً فى حق باقى الشركاء المعترضين مهما تعددوا ، ويصعب فى العمل أن يجتمع كل الشركاء لتنفيذ عمل من أعمال الإدارة المعتادة ، كإبرام عقد إيجار أو تحصيل أجرة العين المؤجرة أو رفع دعوى بإخلائها أو إبرام عقود الصيانة أو طرد الغاصب ، ولذلك فإن الأغلبية نقوض أحد الشركاء للقيام بتلك الأعمال .

ومتى قام أحد الشركاء المفوض بأعمال الإدارة ، اعتبر وكيلا عن باقى الشركاء ، ومن ثم تنفذ تصرفاته المتعلقة بهذه الأعمال فى حقهم حتى بعد إجراء القسمة فإن أجر العين سرى هذا الإيجار فى حقهم جميعا فتقسم الأجزاء المؤجرة عليهم ، عند

إجراء القسمة ، كل بقدر حصته فى المال الشائع ثم تقسم الأجزاء غير المؤجرة ، ويسرى ذات احكم إذا تمكن الشريك المدير من إخلاء بعض أجزاء المال الشائع من مستأجريها ، وليس لباقى الشركاء أن يطلبوا تخصيص الأجزاء التى أجرها الشريك المدير لهذا الشريك على أن يختصواهم بالأجزاء غير المؤجرة ، كما لا يجوز للشريك المدير أن يطلب تخصيصه بالأجزاء التى أخلى المستأجرين منها ، إذا أنه عندما أجر أو أخلى كان نائباً عن باقى الشركاء .

وإذا قبض أحد الشركاء أجرة العين المؤجرة ، دون أني رجع باقى الشركاء على المستأجر بهذه الأجرة ، تضمن ذلك إقراراً ضمنياً منهم بقيام هذا الشريك بأعمال الإدارة بحيث إذا أبرم إيجاراً فى وقت معاصر لهذا القبض ، كان نافذاً فى حق باقى الشركاء ولو اعترضوا عليه بعد ذلك ، ومن تاريخ هذا الاعتراض ، تنتفى الوكالة الضمنية لهذا الشريك ، فلا تكون أعمال الإدارة الصادرة منه بعد ذلك نافذة فى حق باقى الشركاء ما لم تكن له الأغلبية محسوبة بقيمة الأنصباء ، أما الأعمال الصادرة قبل الاعتراض فتكون نافذة فى حقهم إستناداً للوكالة الضمنية ، ولذلك يكفى أن يكون هذا الشريك قد أبرم العقد فى شهر قام فيه بقبض الأجرة من مستأجرين آخرين . ( أنور طلبه ص٣٩٩)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " النص فى المادة ٨٢٧ من القانون المدنى على أن تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك والنص فى المادة ٨٢٨ من هذا القانون على أن ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء ، فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع ، وللأغلبية أيضا أن تختار مديراً .. وإذ تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقى عد وكيلا عنهم ، يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء محسوبة على أساس الأنصباء ولا يثبت لأحد المشتاعين بمفرده طالما أنه لا يملك أكثر من نصف الأنصباء ، وأن الإيجار الصادر من أحد الشركاء متى كان لا يملك

أكثر من نصف الأنصبة لا يسرى فى مواجهة باقى الشركاء إلا إذا أرتضوه صراحة أو ضمناً ، وأنه يترتب على عدم سريان الإيجار من أحد المشتاعين ى مواجهة الباقيين ثبوت الحق لهؤلاء فى اعتبار الإيجار غير قائم بالنسبة لهم ، وبالتالى فى اعتبار المستأجر متعرضاً لهم فيما يملكون إذ كان قد وضع يده بالفعل على العين .( نقض ١٩٨٤/٣/١٥ طعن ٧٦٢ س٥٢ق ، نقض ١٩٨٢/١٢/٢٢ طعن ٩٠س ٤٨ق ، ١٩٨٢/٣/٣١ طعن ١٧٢ س٤٨ق ، نقض ١٩٩٥/١١/١٢ طعن ٩٠٥ س٦٢ق ، نقض ١٩٩٥/٩/٢٠ طعن ٨٠٦١ س ٦١ق ، نقض ١٩٩٦/٦/٩ طعن ٦٧٢٥ س٦٥ ق) وبأنه " الأصل أن إدارة الأموال الشائعة تكون من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخال ذلك ، فإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم ويلتزم الوكيل بتقديم حساب عن إدارة عمله وحساب المبالغ التى قبضها على ذمة موكله ، كما يلتزم بأن يرد ما فى يده من مال للموكل ، وهو رصيد الحساب ونتيجته طوال فترة الوكالة ، اى الإيراد الصافى المستحق للموكل فى فترة إدارة الوكيل .( نقض ١٩٧٢/٤/١١ س٢٦ ص٦٨٧)

**كما قضت بأن** " إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون أعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم فإن مفاد هذا النص أن تعتبر هناك وكالة ضمنية قد صدرت إلى الشريك الذى تطوع لإدارة المال الشائع إدارة معتادة تنفيذ الأعمال التى تصدر منه فى حق الشركاء الباقين سواء ما كان منها عملاً مادياً أو تصرفاً قانونياً تقتضيه الإدارة مما يعتبر معه هذا الشريك فى مفهوم المادة ٢/٧٠١ من القانون المدنى وكيلاً عن باقى الشركاء وكالة عامة بالإدارة وهى تشمل بيع الشريك للمحصول الناتج من الأرض الزراعية المشتركة وقبض الثمن بوصفه تصرفاً تقتضيه الإدارة "(الطعن رقم ٢٢٠ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/١١/١٨ س٢٠ ص١٢٠٦، الطعن رقم ٣١٨ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢٥/٤/١١ س٣٣ص٦٨٦) وبأنه " المقرر فى قضاء – محكمة النقض – أن للمالك على الشيوع إذا وضع يده على جزء مفرز من العقار يوازى حصته الحق فى حماية وضع يده وليس من أحد الشركاء أن ينتزع هذا القدر بل كل ماله أن يطلب قسمة العقار أو يرجع على واضع اليد بما يقابل الانتفاع ، وأن الثمار التى تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعاً بنسبة

حصة كل منهم ، وللشريك على الشيوع أن يرجع بريع حصته على الشركاء الذين يضعون اليد على ما يزيد على حصتهم كل بقدر نصيبه فى هذه الزيادة " (جلسة ٢٠٠٦/٢/٢ الطعنان رقما ١١٧٥ ، ١٢١٨ لسنة ٧٤ق) وبأنه " وضع المالك على الشيوع يده على جزء مفرز من العقار الشائع ، عدم أحقية باقى الشركاء فى انتزاع هذا القدر منه ولو جاوز نصيبه بغير القسمة ويقتصر حق الشركاء على طلب مقابل الإنتفاع شرطه أن لا تكون حيازة الشريك واضع اليد غير مشروعة أو محلاً لعقد ينظمها أو ينظم انتقالها بين الشركاء علة ذلك . المالك على الشيوع الحائز للعقار . حقه فى تأجير جزء منه لأحد الشركاء المشتاعين أو الغير المستأجر منه حائز عرض لحسابه مؤداه بقاء العين امؤجرة فى حيازته التزام المستأجر برد العين عند انتهاء الإحازة م ٥٩٠ مدنى ( جلسة ٢٠٠٠/١/١٧ الطعن رقم ١٦٠ لسنة ٦٩ق)

- **التزام جميع الشركاء بنظام الإدارة المتفق عليه** :

للمالك على الشيوع الحق فى التصرف فى حصته واستعمالها واستغلالها وفقا للغرض المعدة فلا يجوز الإتفاق على حرمانه من تلك وإلا كان الاتفاق باطلاً ولكن يجوز تقييد حقه فى الاستعمال والاستغلال بحيث إذا وضعت الأغلبية نظاما لإدارة المال ، التزم به جميع الشركاء سواء تعلق بالإدارة المعتادة أو غير المعتادة ، فإذا خصص الشركاء وحدات العقار للتأجير المفروش وتمكن أحد الشركاء من وضع يده على إحداها فليس له أن ينتفع بها كسكن خاص له أو لأحد ذويه ، حتى لو كانت لا تجاوز حصته وإنما يجوز له أن ينتفع بها مفروشة وبالأجرة التى يقررها المدير أو الأغلبية . ( أنور طلبه ص٤٠٥)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " الأصل أن للمالك على الشيوع إذا وضع يده على جزء مفرز من العقار يوازى حصته ، الحق فى حماية وضع يده وليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه هذا القدر ، إلا أنه إذا أتفق الشركاء على تنظيم معين لإدارة المال الشائع أو جزء منه كان هذا التنظيم هو الواجب الإتباع سواء تعلق بأعمال الإدارة المعتادة أو غير المعتادة ، وإذ أعمل احكم المطعون فيه الاتفاق المبرم بين الطاعنة والمطعون ضدهما المؤرخ ١٩٧٧/٢/٢٥ بشأن كيفية استغلال

العين محل النزاع التى تمثل أحدى وحدات العقار الشائع بينهم فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ويكون النعى عليه بهذا السبب على غير أساس " ( نقض ١٩٨٨/٦/١٦ طعن ٥٢٣ س ٥٢ق) وبأنه " النص فى المادة ٨٢٧ من القانون المدنى على أن تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك يدل على أن أعمال إدارة الما الشائع التى يوافق علي إجرائها جميع الشركاء تكون ملزمة لهم ولو كانت تخرج عن حدود الإدارة المعتادة " (جلسة ١٩٩٤/٢/٣ الطعن رقم ٢٣٩١ لسنة ٥٩ق ، جلسة ١٩٨٩/٦/٢٥ الطعن رقم ٦٢٩ لسنة ٥٣ق ، جلسة ١/٢١/ ١٩٨٨ الطعن رقم ٧٨ لسنة ٥١ ق س٣٩ ص١٢٦، جلسة ١٩٧٢/٤/١١ الطعن رقم ٣١٨ لسنة ٣٧ ق س٢٣ ص٦٨٦)

- **الإيجار المستند لقسمة المهيأة** :

أن كانت هناك قسمة مهايأة ووضع كل شريك يده على جزء من المال الشائع ، ثم قام بعد ذلك بتأجير هذا الجزء ووضع المستأجر يده على تلك الحصة ، فلا يستطيع باقى الشركاء الاعتراض على ذلك ولا يحق لهم اللجوء لدعاوى الحيازة لاسترداد الحصة المؤجرة إنما يكون لهم المطالبة بالقسمة النهائية ، فإن لهم توجد قسمة مهايأه ، وأجر أحد الشركاء حصة مساوية لنصيبه فى المال الشائع ووضع المستأجر يده عليها ، فإنه يحق لباقى الشركاء استرداد تلك الحصة من المستأجر لعدم نفذ الإيجار فى حقهم طالما لم تكن للشريك المؤجر حصة تخوله حق الإداء كما يكون لهم مطالبة الشريك المؤجر لحساب عن ريعها ولهم المطالبة بالقسمة النهائية ، فإن تمت – وكان الشركاء ثم يعترضوا على الإيجار – نفذ فى حقهم حتى بعد إجراء القسمة ومن ثم لا يستطيع الشريك الذى آلت إليه العين المؤجرة بعد القسمة أن يطالب إخراج المستأجر بمقولة أنه لم يؤجر له العين ولا يجوز للمستأجر طلب فسخ الإيجار طالما أن من باقى الشركاء لم يعترضه فى انتفاعه بالعين .

**وقضت محكمة النقض بأن** " النص فى الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ من القانون المدنى يدل على أن للشركاء على الشيوع فى الملكية أن يتفقوا على قسمة المهايأة لمدة معينة فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته فى المال الشائع فيستقل بإدارته واستغلاله والإنتفاع به سواء

بنفسه أو بواسطة غيره دون باقى الشركاء ، ذلك أن الشريك بمقتضى هذه المهايأة يحصل على نصيب باقى الشركاء فى منفعة الجزء الذى اختص به فى مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو فى منفعة الإجزاء المفرزة الأخرى به فى مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو فى منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى ، ويعتبر الشريك مؤجراً لمنفعة حصته ومستأجراً لمنفعة حصص الباقى من الشركاء وتطبق القواعد الخاصة بالإيجار – فيما يتعلق بحقوقه والتزاماته وجواز الاحتجاج بالقسمة على الغير ، ويكون له تأجير الجزء المفرز الذى اختص به إيجاراً نافذاً فى حق باقى الشركاء الذين يمتنع عليهم ممارسة هذا الحق لالتزامهم بضمان عدم التعرض وو كانوا أصحاب أغلبية الحصص فى ملكية المال الشائع وتكون الإجازة الصادرة منهم للغير غير نافذة فى مواجهة الشريك صاحب الحق فى استغلال وإدارة ذا الجزء ، ويحق لهذا الشريك أن يحتج بهذه القسمة قبل الغير الذى استأجر من باقى الشركاء بعد القسمة ولو لم يكن عقد القسمة مشهراً إذ يعتبر الشريك فى حكم المستأجر لهذا الجزء وطبقاً للقواعد الخاصة بعقد الإيجار فإنه لا يلزم شهره للاحتجاج به على الغير ( نقض ١٩٨٩/١٢/٦ طعن ١٠٣٠ س٥٢ق ، ١٩٨٩/٣/٢٢ طعن ١١٧٣ س٥٢ق ، نقض ١٩٩٦/٦/٢٧ طعن ٦٢٧١ س٦٥ق)

*وتنص المادة ٨٢٨ مدني على أن " ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع .*

*وللأغلبية أيضا أن تختار مديراًكما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الإنتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاماً أوكان خاصاً .*

*وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم " .*

- **أعمال الإدارة المعتادة** :

ويقصد بها كل الأعمال والتصرفات اللازمة لإستغلال الشئ والحصول على ثماره ، فمثلاً إدارة الأرض الزراعية تشمل زراعة الأرض واستئجار الفلاحين لها وشراء

البذور والماكينات والمبيدات كما تشمل بيع المحصول وتخزينه . أى تشمل كل الأعمال اللازمة لإستغلال الأرض فيما أعدت له والحصول على ثمارها .

- **سلطة الأغلبية فى أعمال الإدارة المعتادة :**

لما كانت أعمال الإدارة العادية للشئ الشائع – كتأجيره مثلا – ليست بذات خطر كبير ، فقد أكتفى المشرع بتوافر الأغلبية العادية فى شأنها بدلا من تطلب الإجماع (م ١/٨٢٨ مدنى ) ولهذه الأغلبية كذلك أن تختار مديراً كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الإنتفاع بالمال الشائع النظام الذى تراه (م ٢/٨٢٨ مدنى) والمشروع صريح فى أن المقصود بالأغلبية العادية هنا هو أغلبية الأنصباء لا أغلبية الشركاء أنفسهم ، وحساب الأغلبية على هو النحو ، قد يؤدى إلى تمكين شريك واحد من الاستئثار بإدارة المال الشائع الإدارة المعتادة على النحو الذى يراه ، إذا كان يملك أغلبية الحصص فيه ، وتلك نتيجة غير عادلة ، خاصة وأن القانون لم يجعل للمحكمة حق التعقيب على القرار الصادر ممن أغلبية الحصص فى شأن أعمال الإدارة المعتادة . ولكن يبقى على أى حال للشركاء الذين يملكون أقلية الحصص حق الطعن فى القرار الصادر منه إذا كان يتضمن تعسفا فى إستعمال الحق ، أو حق طلب القسمة وفض الشيوع . (حسن كيرة ص٢٦٣)

وفيما عدا إمكان الطعن فى القرار الصادر ممن يملك أغلبية الأنصباء – سواء كان شريكا واحدا أم شركاء متعددين – على أساس التعسف فى استعمال الحق ، فإن هذا القرار يسرى على الشركاء الممثلين لأقلية الإنصباء وينفذ فى حق خلفاء الشركاء جميعاً .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " تدل المادة ٨٢٨ من القانون المدنى أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء محسوبة على أساس الأنصباء ولا يثبت لأحد المشتاعين بمفرده طالما لا يملك أكثر من نصف الأنصباء وأن الإيجار الصادر من أحد الشركاء متى كان لا يملك أكثر من نصف الأنصبة لا يسرى فى مواجهة باقى الشركاء إلا إذا ارتضوه صراحة ، وأنه يترتب على عدم سريان الإيجار من أحد المشتاعين فى مواجهة الباقين ثبوت الحق لهؤلاء على اعتبار الإيجار غير قائم بالنسبة لهم ، وبالتالى فى إعتبار المستأجر معترضاً لهم فيما يملكون إذا كان

وضع يده بالفعل على العين .( جلسة ١٩٧٨/٢/١ الطعن رقم ٣٢٨ لسنة ٤٤ق س٢٩ ص٣٧٥) . وبأنه " لما كانت إدارة المال الشائع طبقاً لصريح نص المادتين ٨٢٧ ، ٨٢٧ من القانون المدنى لا تكون إلا الشركاء مجتمعين أو فى القليل للأغلبية للشركاء محسوبة على أساس الأنصباء ، ولا تثبيت لسواهم فيحق لباقى الشركاء فى اعتبار الإيجار الصادر من أحدهم غير قائم بالنسبة لهم فى حصصهم بل وفى حصة الشريك المؤجر ذاته وبإعتبار المستأجر معترضاً لهم فيما يملكون إذا كان قد وضع يده بالفعل على العين ، فإذا ما أنتقلت ملكية الشريك المؤجر إلى باقى الشركاء انتقلت غير محملة بذلك العقد ، إلا إذا ارتضوه صراحة أو ضمناً لما كان ذلك . وكان الثابت بالأوراق أن عقد الإيجار المؤرخ ... محل النزاع صادر لصالح المطعون ضده من أحد الورثة لشريك كان يملك نصف الأنصبة شيوعاً فى العقار الكائن به شقة النزاع فإن هذا العقد حتى لو اقترن بموافقة باقى الورثة لا يكون صادراً من أصحاب أغلبية الأنصباء ، ولا يسرى فى حق الطاعن بإعتباره مالكاً على الشيوع للنصف الآخر سواء فى حصته أو فى صحة شريكه واتى يملك الطاعن فى كل ذرة من ذراتها ، وتكون ملكية حصة الشريك قد انتقلت إلى الطاعن بعد الشراء غير محملة بعقد الإيجار المشار إليه حتى ولو كان له تاريخ سابق على انتقال الملكية ما لم يكن الطاعن قد ارتضاه أو ضمناً . وهو الأمر الذى تخلو منه أوراق الدعوى وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون"(جلسة ١٩٨٤/١/٢٢ الطعن رقم ١٥٠٧ لسنة ٤٨ق س٣٥ ص١١٦، جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٢ الطعن رقم ٩٠ لسنة ٤٨ق س٣٣ ص١٢٣٥ ، جلسة ١٩٨٢/٣/٣١ الطعن رقم١٧٢ لسنة ٤٨ق س٣٣ ص٣٧١ ، جلسة ١٩٨١/٦/٢٠ اطعن رقم ٩٠٦ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص١٨٧٣ ، جلسة ١٩٨١/١٢/١٩ الطعن رقم ١٨٨٨ لسنة ٤٩ق س٣٢ ص٥٥٨) . وبأنه " النص فى المواد ٨٣٧ ، ٨٢٨ ، ٥٥٩ ، ٧٠١ من القانون المدنى يل على أن تأجير المال الشائع بإعتباره من أعمال كما يكون للشركاء مجتمعين ، يصح أن يكون لأصحاب الأغلبية وتعتبر الأغلبية فى هذه الحالة نائبة عن أصحاب الأقلية نيابة قانونية فى المال الشائع ولكن لا تنفذ هذه الإجارة فى حق الأقلية إلا لمدة ثلاث

سنوات ، فإذا عقدت الأغلبية إجازة لمدة تجاوز ذلك كان للأقلية أن تطالب بانقاص المدة بالنسبة إليها إلى هذا الحد . إذ تعتبر الأغلبية فيما جاوز أعمال الإدارة المصرح لها بأدئها متعدية على حقوق الأقلية التى يحق لها إزاء ذلك المطالبة بتعويض الضرر الناجم عن هذا التعدى وذلك بطريق التنفيذ العينى ما دام ممكنا بإنهاء عقد الإيجار المنصب على نصيبهم بعد إنتهاء مدة السنوات الثلاث آنفة الذكر دون أن يغير من ذلك حسن نية المستأجر بإعتقاده أن المؤجر له هو صاحب الحق فى تأخير العين ما دام أنه لم يقع من صاحب الأغلبية ما يضفى على ذلك المؤجر من المظاهر ما يوحى إلى المستأجر بأنه هو صاحب الحق فى التأجير إذ بوقوع ذلك من صاحب الأغلبية يكون مخطئاً فلا يحق له الإفادة من خطئه فى مواجهة المستأجر ( جلسة ١٩٨٠/٥/٣١ الطعن رقم ٣٠٦ لسنة ٤٦ق س٣١ ص١٦٢٨ )

**كما قضت بأن** " مؤدى نص المادة ٨٢٨ من القانون المدنى – وعلى ما جرى قضاء محكمة النقض أن حق تأجير المال الشائع لا يثبت إلا للأغلبية المطلقة للشركاء على أساس الانصباء ، وأن الإيجار الصادر من أحد الشركاء دون أن تكون له أغلبية الأنصبة لا يسرى فى حق الباقين أصحاب الأغلبية إلا إذا ارتضوه صراحة أو ضمناً ، اعتبارا بأن الإيجار يقع فى جزء منه على ملك الغير فيحق لهؤلاء الشركاء إخراج المستأجر من أحدهم باعتباره متعرضاً لهم فيما يملكون ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم نفاذ عقد الإيجار الصادر من الطاعنة الثانية للأولى فى حق المطعون ضدهم الثلاثة الأول – أصحاب الأغلبية – يكون قد التزم صحيح القانون ( نقض ١٩٨١/١١/١٩ طعن ٢٧١ س ٤٧ق) وبأنه " إذ كان مفاد المادتين ٨٢٧ ، ٨٢٨ من القانون المدنى أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء ، فمتى صدر الإيجار لعين كلها أو لجزء مفرز منها من أحد الشركاء دون أن تكون له أغلبية الأنصبة ، فإن الإيجار وإن وقع صحيحا ونافذاً فيما بينه وبين المستأجر منه إلا أنه لا يسرى فى حق باقى الشركاء ممن لم تصدر منهم الإجارة يقع فى جزء منه على ملك الغير ، فيحق لهؤلاء الشركاء أن يطلبوا إخراج المستأجر من أحدهم من العين كلها أو من اى جزء منها مهما صغر دون انتظار نتيجة القسمة"

(طعن رقم ٥٨٧ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٢١) وبأنه " النص فى المادة ٨٢٧ من القانون المدنى على أن " تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخاف ذلك والنص فى المادة ٨٢٨ من هذا القانون على أن ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء ، فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع ، وللأغلبية أنصبا أن تختار مديراً .... وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنه يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء محسوبة على أساس الأنصباء ولا يثبت لأحد المشتاعين بمفرده طالما أنه لا يملك أكثر من نصف الأنصباء ، وأن الإيجار الصادر من أحد الشركاء متى كان لا يملك أكثر من نصف الأنصبة لا يسرى فى مواجهة باقى الشركاء إلا إذا ارتضوه صراحة أو ضمناً ، ،انه يترتب على عدم سريان الإيجار من أحد المشتاعين فى مواجهة الباقين ثبوت الحق لهؤلاء فى اعتبار الإيجار غير قائم بالنسبة لهم ، وبالتالي فى اعتبار الإيجار غير قائم بالنسبة لهم ، وبالتالى فى اعتبار المستأجر متعرضاً لهم فيما يملكون إذا كان قد وضع يده بالفعل على العين "( طعن رقم ٧٦٢ لسنة ٥٢ق – جلسة ١٩٨٤/٣/١٥) وبأنه " النص فى المادة ١/٨٢٨ من القانون المدنى على أن" (١) ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء ...." وفى المادة ١/٨٢٩ منه على ان " (١) للشركاء الذى يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ." يدل على أن أعمال الإدارة التى يكون لأغلبية الشركاء فى المال الشائع القيام بها دون أن يكون لباقى الشركاء الإعتراض عليها هى أعمال الإدارة التى لا تخرج عن حدود الإدارة المعتادة . أما ما يخرج عنها فإنها تكون لمن يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل وفقا للإجراءات التى أوردتها المادة ٨٢٩ المشار

إليها . لما كان ذلك ، وكانت الأعمال التى قامت بها الطاعن الأولى المالكة لحصة شائعة مقدارها ١٦ قيراطاً من ٢٤ قيراط فى العقار محل النزاع من استكمال بناء الدور الثالث وبناء الدور الرابع وغرفتين ودورة مياه بالدور الخامس فى ذات العقار تعد من قبيل الأعمال التى تخرج عن حدود الإدارة المعتادة " وبأنه " المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه وإن كان لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقة فى حصته الشائعة ، وأنه إذا تمكن أحدهم من البناء على جزء من العقار الشائع ، فإنه لا يعد بانيا فى ملك غيره ، وكل ما للشريك الآخر أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ، ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة ، إلا أن مناط ذلك أن يكون القدر الذى بنى عليه معادلا لنصيبه فيه ، فإذا جاوزه اعتبر بانيا فى ملك غيره وبسوء نية بالنسبة لما أقامه على ما يجاوز حصته " وبأنه " مفاد المادة ٩٢٤ من القانون المدنى أنه إذا كان صاحب الأدوات البانى فى أرض غيره سئ النية كان لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة على نفقة البانى وإعادة الشئ إلى أصله مع التعويض إن كان له محل وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت ، فإذا مضت سنة أو إذا طلب صاحب الأرض استبقاء المنشآت تملك الأخير هذه المنشآت بالالتصاق مقابل دفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحقا الإزالة أو ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء ، ولا يعتبر ميعاد السنة التى يتعين طلب الإزالة خلالها مرعيا إلا برفع طلب الإزالة إلى القضاء وإلا سقط الحق فيه " ( طعن رقم ٣٩٥٢ لسنة ٦٦ق – جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧)

- **حق الأغلبية فى تعيين مدير للمال الشائع** :

لقد نصت المادة ٢/٨٢٨ على أن " للأغلبية أيضا أن تختار مديراً لها أن تضع للإدارة ولحسن الإنتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعاً سواء أكان الخلف عاماً أم كان خاصاً .

فقد منح المشرع أغلبية الشركاء الحق فى اختيار مدير لإدارة المال الشائع نيابة عنها . كما منحها الحق فى وضع نظام لإدارة المال الشائع ، وقد ترى الأغلبية ألا تدير المال الشائع بنفسها فيتعين مدير له من بين الشركاء أنفسهم أو من غيرهم ، فى هذه الإدارة فيكون هذا المدير نائباً عن الأغلبية فى حدود الإدارة المعتادة

وأعمال الإدارة التى يقوم بها تكون نافذة فى حق الجميع وقد ترى الأغلبية عدم إطلاق يد هذا المدير بل تضع نظاماً يكفل حسن الانتفاع بالمال الشائع وإدارته على وجه مرضى ، فيصبح هذا النظام ملزماً لجميع الشركاء ، وملزماً للمدير الذى أختارته الأغلبية ، وملزماً لمن يخلف الشركاء من خلف عام كالوارث ومن خلف خاص للمشترى ، وقد يتضمن هذا النظام قيوداً على سلطة المدير فلا يستطيع مثلا أن يؤجر المال الشائع لأكثر من سنة ، أو يلزم بإيداع ريع المال فى مصرف معين وبديهى أن هذا النظام قابل للتعديل ، ويعدله من يملك وضعه فيجوز لأغلبية الشركاء – وليس من الضرورى أن تكون هى نفس الأغلبية التى قامت بوضع النظام – تعديله أو إلغاؤه ووضع نظام جديد ، أو إلغاؤه أصلا دون وضع أى نظام آخر. (السنهورى ص٧٨١)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " النص فى المادة ٨٢٨ من القانون المدنى – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى – على أنه إذا كان الأمر متعلقا بأعمال الإدارة المعتادة كإيجار المال الشائع فإنه إذا اتفقت الأغلبية على اختيار مدير من بين الشركاء أو من غيرهم كان هو صاحب الشأن فى الإدارة أما إذا لم يختاروا مديراً وتولى أحد الشركاء الإدارة – ودون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم فإذا اعترض على إدارته بعض الشركاء فيكون ذلك بمثابة عزل له من الوكالة الضمنية فإذا كان الباقى من الشركاء ممن لم يعترضوا على إدارته هم الأغلبية بحسب حصصهم فى المال الشائع ويدخل فى ذلك حصته هو يضحى الشريك متولياً الإدارة بإعتباره معيناً من قبل الأغلبية فقط فتسرى أعمال إدارته فى حق المعترضين على أساس أنه يمثل الأغلبية ( نقض ١٩٨٥/٣/٦ طعن ١٦٣٠ س٥٧ق ، نقض ١٩٨٤/٣/١٥ طعن ٧٦٢ س٥٢ق ، نقض ١٩٨٤/١/٢ طعن ٥٠٧ س ٤٨ق) وبأنه " مفاد المادة ٨٢٨ من القانون المدنى يدل – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى – على أنه إذا كان الأمر متعلقا بأعمال الإدارة المعتادة كإيجار المال الشائع فإنه إذا اتفقت الأغلبية على اختيار مدير من بين الشركاء أو من غيرهم كان هو صاحب الشأن فى الإدارة ، أما إذا لم يختاروا مديراً وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم وتنعقد أعمال الإدارة

المعتادة التى تصدر عنه فى حق الشركاء " ( طعن رقم ٧٦٦ لسنة ٤٠ق – جلسة ١٩٨٣/٤/١١ ) وبأنه " مفاد المادة ٨٢٨ من القانون المدنى يدل – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لهذا القانون – أنه إذا كان الأمر متعلقا بأعمال الإدارة المعتادة كإيجار المال الشائع واتفقت غالبية الشركاء على اختيار مدير من بينهم أو من غيرهم كان هو صاحب الشأن فى الإدارة أما إذا لم يختاروا مديراً وتولى أحدهم الإدارة دون إعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم وتنفذ أعمال الإدارة المعتادة التى تصدر عنه – ومن ضمنها الإيجار – فى حقهم " (طعن رقم ٢٠٠١ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٢/١٢/١٠)

- **عدم توافر أغلبية من الشركاء لإدارة المال الشائع** :

فإذا لم تتوافر أغلبية من الشركاء بحسب قيمة الأنصباء لإدارة المال الشائع ، بل تعارضت ميولهم واختلفت اتجاهتهم دون أن تخلص منهم أغلبية لم يبق إلا الالتجاء إلى القضاء ، فيجوز لأى من الشركاء أن يرفع الأمر إلى المحكمة – الكلية أو الجزئية بحسب النصاب – وعلى المحكمة أن تأمر بإتخاذ الإجراءات والتدابير التى تقتضيها الضرورة فقد تأمر بإيجار الأرض الزراعية لمن يتقدم لاستئجارها بأجرة مناسبة خوفاً من فوات الصفقة ، وتندب لذلك أحد الشركاء لإبرام عقد الإيجار وقد تعين المحكمة عند الحاجة مديراً للمال الشائع ، من الشركاء أو من غيرهم ، ويكون لهذا المدير سلطة الحارس القضائى ، فيقوم بأعمال الإدارة المعتادة ، ويقدم الحساب للشركاء . وذلك كله إلى أن يعود الشركاء أو أغلبيتهم إلى الاتفاق وعند ذلك يتنحى المدير الذى اختارته المحكمة ، أو إلى أن تتم إجراءات قسمة المال الشائع إذا طلب أحد الشركاء القسمة . (السنهورى ص٧٧٦)

- **انفراد أحد الشركاء بالإدارة** :

رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ٨٢٨ مدنى قد نصت على أنه " إذا تولى أحد الشركاء لإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم " . مفاده أنه إذا تولى أحد الشركاء الإدارة ولم يعترض باقى الشركاء وأو أغلبيتهم فيكون هذا الشريك أصيلاً وكيلاً عن باقى الشركاء فى إدارة المال الشائع إدارة معتادة ، وتنفذ أعمال الإدارة المعتادة التى تصدر منه فى حق الشركاء فيكون إيجاره مثلاً للمال الشائع نافذاً فى

حقهم ، وكذلك قبضه للاجرة وقيامه بأعمال الصيانة ودفعه الضرائب وغير ذلك من أعما الحفظ التى تقدم ذكرها ، وله أن يزرع الأرض الزراعية وأن يتفق على الزراعة ما تقتضيه من مصروفات ، وأن يستأجر عمال الزراعة للحرث والتسميد والبذر والحصد وأن يشترى ما يلزم من سماد وبذور وأن يستأجر المواشى والآلات الزراعية اللازمة وأن يحفظ المحصولات بعد جمعها ، ثم يبيعها فى الأسواق بأثمانها الجارية وله كذلك بدلا من زراعة الأرض على الذمة ، أن يؤجرها ، أو أن يعطيها مزارعة كل هذه أعمال تدخل فى حدود الإدارة المعتادة ، وتكون نافذة فى حق سائر الشركاء .

ويجوز ، بعد أن يتولى الشريك الإدارة دون اعتراض من الباقين أن يعترض على إدارته بعض الشركاء فيكون ذلك بمثابة عزل له عن الوكالة الضمنية ، فإذا كان الباقى من الشركاء ممن لم يعترضوا على إدارته هم الأغلبية بحسب حصصهم فى المال الشائع ويدخل فى ذك حصته هو ، بقى الشريك متولياً الإدارة ، ولكن بإعتباره معيناً من قبل الأغلبية ، فتسرى أعمال إدارته فى حق المعترضين على أساس أنه يمثل الأغلبية كما سنرى ، أما إذا اعترض على إدارته من الشركاء من تكون حصصهم فى المال الشائع لا تقل عن النصف ، فإنه لا يصبح ممثلاً للأغلبية ، ومن ثم لا يستطيع المضى فى إدارته ويجب عليه أن يتنحى . (السنهورى ص٧٧٩)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " لما كانت المادة ٣/٨٢٨ من القانون المدنى تقضى بأنه إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم فإن مفاد هذا النص أن تعتبر وكالة ضمنية قد صدرت إلى الشريك الذى تطوع لإدارة المال الشائع من باقى الشركاء ، ويعد هذا الشريك أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن باقى الشركاء فى إدارة المال الشائع إدارة معتادة فتنفذ الأعمال التى تصدر عنه فى حق الشركاء الباقين سواء ما كان منها عملاً مادياً أو تصرفاً قانونياً تقتضيه الإدارة مما يعتبر معه هذا الشريك فى مفهوم المادة ٢/٧٠١ من القانون المدنى وكيلاً عن باقى الشركاء وكالة عامة بالإدارة وهى تشمل بيع الشريك لمحصول الناتج من الأرض الزراعية المشتركة وقبض الثمن بوصفه تصرفاً تقتضيه الإدارة ( جلسة ١٩٦٩/١١/١٨ الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص ١٢٠٦، جلسة ١٩٧٢/٤/١١ الطعن رقم ٣١٨ لسنة ٣٧ق س٢٣ ص٦٨٦) وبأنه " من المقرر

عملاً بالمادة ٣/٨٢٨ من القانون المدنى أنه إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم ، ولما كان تأجير المال الشائع عملاً من أعمال الإدارة وكان ما يهدف إليه المطعون ضده الثانى بدعواه هو إلزام الطاعن بتحرير عقد إيجار له عن عين النزاع ، وإذا كان الطاعن لا ينازع فى أنه القائم على إدارة العقار الكائن به عين النزاع دون باقى الشركاء على الشيوع فإن الدعوى تكون قد وجهت إلى من له صفة" (جلسة ١٩٨٢/٣/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٣ ص٣٧١) .

- **حكم انفراد أحد الشركاء بعمل من أعمال الإدارة المعتادة** :

إذا انفرد أحد الشركاء بعمل من أعمال الإدارة المعتادة فإما أن يسكت باقى الشركاء ولم يعترضوا وإما أن يعترضوا على ذلك فإذا لم يعترض باقى الشركاء على انفراد الشريك بهذا العمل رغم علمهم به ، اعتبر ذلك فى مقام الموافقة الضمنية من جانبهم وعد هذا الشريك وكيلا عنهم ، وقد نص المشرع المصرى على هذا الحكم الذى تفرضه القواعد العامة ( م ٣/٨٢٨ مدنى ) وليس بلازم أن يسكت جميع الشركاء الباقين عن الإعتراض على عمل الإدارة فى حقهم بل يكفى أن يسكت عن الإعتراض من يمثل من الشركاء – بالإضافة إلى حصة الشريك المنفرد يتولى العمل – أغلبية الحصص ، فحينئذ يعد هذا الشريك وكيلاً عن غير المعترضين فيما قام به من عمل ، ونائبا نيابة قانونية عن الأقلية المعترضة على أساس ما بقدره القانون من التزام الأقلية رأى الأغلبية فى شأن أعمال الإدارة المعتادة فينفذ عمله فى حق الجميع معترضين وغير معترضين على السواء .

أما إذا اعترض جميع الشركاء الباقين أو من يمثل منهم أغلبية الحصص المتطلبة فى شأن أعما الإدارة المعتادة على عمل من هذه الأعمال انفراد الشريك بتوليه ، فإن هذا العمل لا ينفذ فى حقهم ، إذا المبدأ الذى يحكم الشيوع –كما سبق البيان– هو أن انفراد الشريك بعمل أو بتصرف دون رضا من الباقين لا يجعل هذا العمل أو التصرف ملزماً أو نافذاً فى حقهم ، فيكون لهم ، إذا كان العمل المنفرد به الشريك هو الإيجار مثلا ، وسواء كان الإيجار منصبا على الشئ الشائع كله أو على جزء مفرز منه ، طلب طرد المستأجر وإخراجه وإدارة الشئ الشائع على أساس عدم

وجود مثل هذا الإيجار . ولكن عدم نفاذ الإيجار فى حق باقى الشركاء لا ينفى صدوره من مالك وانعقاده صحيحا فيما بين عاقديه ، وفقا للتكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع كما سلف بيانه ، فلا يملك أحدهما فى الأصل التحلل منها إستناداً إلى ذلك . (حسن كيرة ص١٦٥)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " والمقرر عملا بالمادتين ٨٢٧ ، ٨٢٨ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء محسوبة على أساس الأنصباء ولا تترتب لأحد الشركاء المشتاعين بمفرده طالما أنه لا يملك أكثر من نصف المال الشائع ، وأن الإيجار الصادر من هذا الشريك لا ينفذ فى مواجهة باقى الشركاء إلا إذا ارتضوه صراحة أو ضمناً إذ يعتبر وكيلا عنهم . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أطلق القول بعدم نفاذ الإجارة الحاصلة من المطعون ضده الأخير للطاعنه فى حق باقى المطعون ضدهم دون أن يناقش ما تمسكت به الطاعن من أن المطعون ضده الأخير كان حائزاً للشقة التى أجرها لها فيما بعد ودون اعتراض المطعون ضدهم الباقين – باقى الملاك على الشيوع – على الرغم من إقامة بعضهم فى ذات العقار وسكونهم على إقامتها بالعين من ١٩٨٣/٣/١ تاريخ عقد إيجارها حتى ١٩٨٤/١١/١٢ تاريخ إنذارها من المطعون ضدهم بالإخلاء وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى وقد اغل الحكم المطعون فيه بحثه وتمحيصه بما يعيبه بالقصور "(نقض ١٩٨٨/١٢/١٥ طعن ٢٧٠٧ س٥٧ق ، نقض ١٩٨٧/١١/١١ طعن ١٣٤٣ س ٥٠ق) وبأنه "مؤدى نص المادة ٨٢٨ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن حق تأجير المال الشائع لا يثبت إلا للأغلبية المطلقة للشركاء على أساس الأنصباء ، وأن الإيجار الصادر من أحد الشركاء دون أن تكون له أغلبية الأنصبة لا يسرى فى حق الباقين أصحاب الأغلبية إلا إذا ارتضوه صراحة أو ضمناً ، إعتباراً أن الإيجار يقع فى جزء منه على ملك الغير فيحق لهؤلاء الشركاء إخراج المستأجر من أحدهم بإعتباره متعرض لهم فيما يملكون ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم نفاذ عقد الإيجاراصادر من الطاعنة الثانية للأولى فى حق المطعون ضدهم الثلاثة الأول –

أصحاب الأغلبية – يكون قد التزم صحيح القانون " (نقض ١٩٨١/١١/١٩ طعن ٢٧١ س ٤٧ق ، نقض ١٩٨٤/٣/١٥ طعن ٧٦٢ س ٥٣ق ، نقض ١٩٨٥/٤/١٥ طعن ١٠٩٥ س ٥٤ق ، ١٩٨٦/٤/٢١ طعن ١٤٩٢ س ٥٥ق ، نقض ١٩٨٩/٤/٥ طعن ٣٤٠ س ٥٢ق) وبأنه " النص فى المادة ٨٢٨ من القانون المدنى على أنه " إذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم " يدل – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى – على أنه إذا كان الأمر متعلقاً بأعمال الإدارة المعتادة كإيجار المال الشائع ، فإنه إذا اتفقت الأغلبية على اختيار مدير من بين الشركاء أو من غيرهم كان هو صاحب الشأن فى الإدارة ، أما إذا لم يختاروا مديراً وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم ، مما مؤداه أنه إذا تعدد ملاك العين المؤجرة فإنه يمكن لمن يملك منهم أغلبية الأنصباء فيها أن يطلب إنهاء الإيجار بوصفه من أعمال الإدارة " (نقض ١٩٧٩/٥/١٢ طعن ٩٣٩ س٤٥ق) وبأنه " مفاد المادة ١/٦٠١ من القانون المدنى أن الإيجار لا ينتهى بموت المؤجر بل تنتقل الحقوق والإلتزامات الناشئة عنه إلى ورثته ، وكان مؤدى المادتين ٨٢٧ ، ٨٢٨ من ذات القانون أن إدارة المال الشائع تكون من حق الشركاء مجتمعين ما لم يتفقوا على خلاف ذلك ، وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم لما كان ذلك ، وكان الثابت أن عقد الإيجار مبرم بين الطاعن ومورث المطعون عليه الذى توفى وانتقلت ملكية العين المؤجرة إلى ورثته شيوعاً من بينهم المطعون عليه ، وكان رفع الدعوى الماثلة بطلب الإخلاء لتغيير الإستعمال يندرج ضمن إدارة المال الشائع وكان أيا من ورثة المؤجر الأصلى لم يعترض على انفراد المطعون عليه برفعها فإن ذلك يحمل على اعتباره وكيلاً عنهم فى إقامتها ، وهو ما يكفى بذاته لاكتمال صفته ويكون الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى كامل صفة غير وارد . ولما كان ما تقدم وكان الدفاع الذى تلتزم المحكمة بتحقيقه والرد عليه هو الدفاع الجوهرى الذى يكون من شأنه لو محص تغيير وجه الرأى فى الدعوى ، فإنه لا يعيب الحكم إغفاله الرد على الدفع المشار إليه " (نقض ١٩٧٨/٦/٢١ طعن ٥٧٠ س ٤٤ق) وبأنه " وإذ كان مفاد المادتين ٨٢٧ ، ٨٢٨ من القانون المدنى أن حق تأجير المال

الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء ، فمتى صدر الإيجار للعين كلها أو لجزء مفرز منها من أحد الشركاء دون أن تكون له أغلبية الأنصبة ، فإن الإيجار وإن وقع صحيحاً ونافذاً فيما بينه وبين المستأجر منه إلا أنه لا يسرى فى حق باقى الشركاء ممن لم تصدر منهم الإجارة طالما لم يقروها صراحة ، أو ضمناً ، إعتباراً بأن الإيجار يقع فى جزء منه على ملك الغير ، فيحق لهؤلاء الشركاء أن يطلبوا إخراج المستأجر من أحدهم من العين كلها ومن أى جزء منها مهما صغر دون انتظار نتيجة القسمة " (نقض ١٩٧٧/١٢/٢١ طعن ٥٨٧ س ٤٣ق)

**كما قضت بأن** " ولما كانت المادة ٣/٨٢٨ من القانون المدنى تقضى بأنه إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم ، فإن مفاد هذا النص أن تعتبر هناك وكالة ضمنية قد صدرت إلى الشريك الذى تطوع لإدارة المال الشائع من باقى الشركاء ، ويعد هذا الشريك أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن باقى الشركاء فى إدارة المال الشائع إدارة معتادة فتنفذ الأعمال التى تصدر منه فى حق الشركاء مما يعتبر معه هذا الشريك فى مفهوم المادة ٢/٧٠١ من القانون المدنى وكيلاً عن باقى الشركاء وكالة عامة بالإدارة وهى تشمل بيع الشريك للمحصول الناتج من الأرض الزراعية المشتركة وقبض الثمن بوصفه تصرفاً قانونياً تقتضيه الإدارة "(نقض ١٩٦٩/١١/١٨ طعن ٣٢٠ س ٣٥ق ، نقض ١٩٨٥/٤/١١ طعن ١٠٩٥ س ٥٤ق) وبأنه " والأصل فى إدارة المال الشائع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون للشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك ، فإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم ( نقض ١٩٨٤/١٠/٣١ طعن ٩٠٦ س ٥٠ق ، نقض ١٩٨٧/٤/٢٣ طعن ١٤٥٤ س ٥٠ق ) وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه لما كانت المادة ٣/٨٢٨ من القانون المدنى تقضى بأنه إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون اعتراض الباقين عد وكيلاً عنهم ، فإن مفاد هذا النص بأن تعتبر هناك وكالة ضمنية قد صدرت إلى الشريك الذى تطوع لإدارة المال الشائع من باقى الشركاء ويعد هذا الشريك أصيلا عن نفسه ووكيلاً عن باقى الشركاء فى إدارة المال الشائع إدارة معتادة فتنفذ الأعمال التى تصدر منه فى حق الشركاء الباقين سواء ما

كان منها عملا مادياً أو تصرفاً قانونياً تقتضيه الإدارة مما يعتبر معه هذا الشريك فى مفهوم المادة ٣/٧٠١ من القانون المدنى وكيلاً عن باقى الشركاء وكالة عامة بالإدارة .... إلخ " (طعن رقم ٩٤٠ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨١/١/١٧) وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة وعملا بنص المادة ٣/٨٢٨ من القانون المدنى أنه إذا تولى أحد الشركاء المشتاعين إدارة المال الشائع دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم ، وأنه لا يكفى فى تغيير الحائز صفة وضع يده مجرد تغيير نيته ، بل يجب أن يقترن تغيير النية بفعل إيجابى ظاهر يجابه به حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية ويدل دلالة جازمة على اعتزامه إنكار الملكية على صاحبها واستئثاره بها دون عملاً بنص المادة ٢/٩٧٢ من القانون المدنى ، ويتعين حينئذ على الحكم المثبت للتملك بالتقادم أن يعرض لشروط وضع اليد وهى أن يكون مقروناً بنية التملك ومستمراً وهادئاً وظاهراً ويبين بما فيه الكفاية الوقائع التى تؤدى إلى توافرها بحيث يبين منه أنه تحراها وتحقق من وجودها .... إلخ" ( طعن رقم ١٨٨٨ سنة ٤٩ق جلسة ١٩٨١/٢/١٩ ) وبأنه " المقرر عملاً بالمادة ٣/٨٢٨ من القانون المدنى أنه إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم ، ولما كان طلب إخلاء العين المؤجرة يندرج ضمن إدارة المال الشائع وكان أيا من باقى ملاك العقار الذى تقه به محلات التداعى لم يعترض على انفراد المطعون ضده الأول بالتنبيه على الطاعنين بإخلاء هذه المحلات ورفع الدعوى وتدخلوا فى الإستئناف منضمين له فى طلباته ، فإن ذلك يحمل على اعتباره وكيلاً عنهم فى إتخاذ هذه الإجراءات"(طعن رقم ١٦٩٧ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٧/٦/٨)

**كذلك قضت بأن** " لما كان مؤدى المادتين ٨٢٧ و ٨٢٨ من القانون المدنى – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون – أن إدارة المال الشائع تكون من حق الشركاء مجتمعين ما لم يتفقوا على خلاف ذلك وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم ، لما كان ذلك وكان الثابت أن عقد إيجار شقة النزاع قد تم بين المطعون ضده الأول ومورث باقى المطعون ضدهم وكان رفع الدعوى الماثلة بطلب الإخلاء للتنازل عن الإيجار يندرج ضمن إدارة المال الشائع وكان أيا من الشريكين الأخيرين فى ملكية العقار لم يعترض على انفراد المطعون ضده الأول برفعها فإن ذلك يحمل على اعتباره وكيلاً عنهما فى إقامتها

وهو ما يكفى بذاته لإكتمال صفته . وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس "( طعن رقم ٩٩١ لسنة ٤٩ق – جلسة ١٩٨٤/٥/٢٨ ) وبأنه " وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أنه لما كان النص فى المادة ٨٢٨ من القانون المدنى على أن " ١– ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء ...٢– وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم – يدل على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى – على أنه – إذا كان الأمر متعلقاً بأعمال الإدارة المعتادة كإيجار المال الشائع ، ولم يختر أصحاب الأغلبية مديراً وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم وتنفذ أعمال الإدارة المعتادة التى تصدر منه – ومن ضمنها الإيجار – فى حقهم لما كان ما تقدم وكان الثابت بالأوراق أن مورث الطاعنين قد تمسك أمام محكمة الموضوع بقيام المطعون ضده الثانى وهو أحد الملاك على الشيوع بتأجيره شقة النزاع فى ١٩٨٤/٢/١ دون اعتراض من الباقين حتى ١٩٩٨ وقدم عقد الإيجار الدال على ذلك ، وهو ما يكفى لنفاذ عقده إذا كان العقد جدياً ولم يعين أصحاب الأغلبية مديراً فأطرح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع ، واشترط لنفاذ العقد موافقة الأغلبية صراحة أو ضمناً فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه وجره ذلك إلى الإخلال بحق الدفاع وهو ما يعيبه ويوجب نقضه " ( طعن رقم ٩٨٣ لسنة ٧١ ق – جلسة ٢٠٠٣/١٠/٢٨ ) وبأنه " الأصل فى الملكية الشائعة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه إذا أقام أحد الشركاء بناء على الأرض الشائعة يعلم باقى الشركاء أو دون اعتراض أحد منهم اعتبر وكيلاً عنهم وعد سكوتهم إقرارا لعمله ويكون البناء وما يغل ملكاً شائعاً بينهم جميعا منذ إنشائه ولو لم يفوا بما عليهم من نفقات فذلك حق شخص للبانى يسترده مع الفائدة من وقت الاتفاق وفقا لما يخضع له من أحكام الوكالة" ( طعن رقم ٣٢٥٠ لسنة ٥٨ق – جلسة ١٩٩٣/٤/٢٢ ) وبأنه " من المقرر أن الأصل فى الملكية الشائعة أنه إذا أقام أحد الشركاء بناء على الأرض الشائعة بعلم باقى الشركاء أو دون اعتراض منهم اعتبر وكيلا عنهم وعد سكوتهم إقراراً لعمله ، ويكون البناء مالكاً شائعاً بينهم ولو لم يفوا فى حينه من وقت الإنفاق وفقا لما يخضع له من أحكام الوكالة ولا ينشأ مع حقهم فى التملك وثماره فالحقان مختلفان مصدراً وأثراً ولا يرتبطان مما يجعل أحدهما

يزول بقيام الآخر أو يقوم بزواله ، وقد تسوغ المقاصة بشروطها بين ما لهم من ريع وما عليهم من دين الإنفاق وفائدته " (طعن رقم ٨٣ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٧) .

*وتنص المادة ٨٢٩ مدني على أن " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء ، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان .*

*وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير . ولها بوجه خاص أن تعطى المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات " .*

- **أعمال الإدارة غير المعتادة :**

المقصود بأعمال الإدارة غير المعتادة أعمال من شأنها إدخال تعديلات أساسيه أو تغييرات جوهرية فى الغرض الذى أعد له هذا الشئ لتحسين الانتفاع به كتحويل مطعم إلى مقهى أو البناء فى أرض زراعية أو إعادة بناء منزل لجعله أصلح للاستغلال. ( حسن كيرة ص١٦٥)

ولما كان الإجماع يكاد مستحيل التحقيق ، وكان من شأن استلزمه تعطيل القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة التى قد تعود بالفائدة على كل الشركاء ، لذلك ترخص المشرع المصرى فى النزول عن استلزام الإجماع إلى الاكتفاء بموافقة الأغلبية ، ولكن بالنظر لما لهذه الأعمال من أهمية وخطورة ، فقد اشترط ضمانات معينة تكفل تحسين الانتفاع بالشئ الشائع مع المحافظة على حقوق الشركاء فى نفس الوقت .

- **الأغلبية المطلوبة لأعمال الإدارة غير المعتادة :**

الأغلبية المطلوبة للإدارة غير المعتادة ليست هى الأغلبية المطلقة ، أى ما يزيد على النصف على أساس قيمة الأنصباء ، بل هى أغلبية أكبر من ذلك تقضيها خطورة أعمال الإدارة غير المعتادة ، ويحددها صدر الفقرة الأولى من المادة ٨٢٩ مدنى على ما رأينا بأنها أصوات " الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع فإذا كان المدير للمال الشائع هو نفسه أحد الشركاء ويملك ريع المال

الشائع مثلاً فإنه يكون فى حاجة إلى موافقة عدد من الشركاء يملكون نصف المال الشائع على الأقل هذا إذا كان هو نفسه موافقاً على العمل وإذا لم يكن موافقاً فلابد من أن سائر الشركاء ، وهو يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع يتفق رأيهم على القيام بهذا العمل فيصبح المدير ملزم بالقيام به بالرغم من عدم موافقته ويصح أن يتنحى ، وتعين الأغلبية العادية مديراً آخر يكون موافقاً على العمل ، ليقوم به ، وإذا كان أحد الشركاء يملك ثلاثة أرباع المال الشائع فإنه يستطع وحده أن يقرر أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة على السواء وليس لأقلية الشركاء ، وهى التى تملك الربع الباقى من المال الشائع المعارضة أمام المحكمة فى أعمال الإدارة المعتادة ولكن لهم حق المعارضة فى أعمال الإدارة غير المعتادة .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٢٩ من القانون المدنى على أن للشركاء الذين يمتلكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا فى سبيل الإنتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديلات فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان ويعد من قبيل الأعمال التى تخرج عن حدود الإدارة المعتادة بقاء أحد الشركاء فى جزء مفرز من العقار الشائع قبل قسمته فإذا لم توافق أغلبية الشركاء على ذلك جاز إجبار الشريك البانى على إزالة البناء .( جلسة ١٩٩٠/١/٣١ الطعن رقم ١٧٨٤ لسنة ٥٤ق ) وبأنه " تخول المادة ٨٢٩ من القانون المدنى الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائعأن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد – له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة مما مفاده أن ما تجريه الأغلبية من تغيير أو تعديل يدخ وفقاً لهذه المادة فيما تملك من أعمال الإدارة غير المعتادة وينفذ فى حق الأقلية ما لم تقرها المحكمة المختصة على ما قد تثير من اعتراض" (جلسة ١٩٧٨/١٢/١٣ الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٦ق س٢٩ ص١٩١٢) وبأنه " المالك لحصة مقدارها ثلاثة أرباع الأرض الشائعة ، له الحق فى إدخال تغييرات أساسية فى الغرض الذى أعدت له هذه الأرض فى سبيل تحسين الإنتفاع بها وفقاً

لأحكام المادة ٨٢٩ من القانون المدنى ، ويكون البناء الذى يقيمه على نفقته لتحقيق هذا الغرض داخلاً فى حدود حقه فى إدارة المال الشائع وهو يباشر هذا الحق بوصفه أصيلاً عن مالك الريع الباقى ، وتكون إجارته نافذة فى حق هذا المالك كما يكون له الحق فى قبض الأجرة واقتضاء التعويض الناشئ عن تلف البناء لحساب جميع الشركاء " (جلسة ٢٨//٣/١٩٧١ الطعن رقم ٢١٠ لسنة ٢٦ق ص٣٢٢)

- **حق الأغلبية فى الالتجاء إلى القضاء** :

يجب على الأغلبية إعلان قرارها إلى كل شريك من غير الموافقين وإلا كان لمن لم يعلن أن يتظلم من قرار الأغلبية فى أى وقت ، وليس للإعلان شكل خاص فقد يكون بإنذار على يد محضر أو بخطاب مسجل أو غير مسجل أو شفاهة ويقع على الأغلبية أو المدير عبء إثباته ، ولكل شريك من غير الموافقين الرجوع إلى المحكمة متظلماً خلال شهرين من وقت الإعلان لشخصه أو فى موطنه ، فإذا تبينت المحكمة من مناقشتها للأطراف عدم جدوى العمل أمرت بوقفه وإزالة ما تم وتستعين فى ذلك بفكرة تحسين الانتفاع بالمال وتكون الإزالة على نفقة تلك الأغلبية ، وقد تشترط أن يتم وفقا لضمانات معينة ولها أن تكلف الأغلبية بتقديم كفالة شخصية أو عينية للأقلية للاستمرار فى العمل حتى إذا ما ترتبت خسارة بسببه كان للأقلية الرجوع بحقهم على هذا الضمان .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٢٩ من القانون المدنى على أن للشركاء الذين يمتلكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعدي فى الغرض الذى اعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان ويعد من قبيل الأعمال التى تخرج عن حدود الإدارة المعتادة بناء أحد الشركاء فى جزء مفرز من العقار الشائع قبل قسمته فإذا لم توافق أغلبية الشركاء على ذلك جاز إجبار الشريك البانى على إزالة البناء " (نقض ١٩٩٠/١/٣١ طعن ٧٨٤ س٥٤ق) وبأنه " النص فى المادتين ٨٢٨ ، ٨٢٩ من القانون المدنى – يد

على أنه إذا تعدد ملاك العقار الشائع فإنه يحق لمن يملك أغلبية الأنصباء فيه – أن يؤجره للغير بوصفه من أعمال الإدارة المعتادة ، أما إذا كان الأمر يتعلق بإدخال تغييرات أساسية أو تعدي فى الغرض الذى أعد له المال بما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة فإنه يحق لمن يملكون ثلاثة أرباع هذا المال اتخاذ القرار المناسب فى هذا الشأن ويكون قرارهم نافذاً قبل الأقلية ( نقض ١٩٩٠/٥/٢٣ طعن ٢٢٩٩ س ٥٤ق) وبأنه " تحول المادة ٨٢٩ من القانون المدنى الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى اعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة مما مفاده أن ما تجريه الأغلبية من تغيير أو تعديل يدخل وفقا لهذه المادة فيما تملك من أعمال الإدارة غير المعتادة وينفذ فى حق الأقلية ما لم تقرها المحكمة المختصة على ما قد أثير من اعتراض" (نقض ١٩٧٨/١٢/١٣ طعن ١٩ س ٤٦ق)

- **إقامة أحد الشركاء بناء على جزء مفرز من الأرض الشائعة** :

إذا بنى الشريك فى الشيوع على أرض مفرزة من المال الشائع فإن البناء يعتبر من أعمال الإدارة غير المعتادة فيلزم له موافقة أغلبية الشركاء الذين لا تقل أنصبتهم عن ثلاثة أرباع المال الشائع ، فإن وافقت على البناء قبل إقامته أو أقرته بعد إقامته ، أصبح البناء مملوكاً على الشيوع لجميع الشركاء من وافق ومن لم يوافق ، والتزم كل منهم بقدر حصته فى الأرض بتكاليف البناء الفعلية وقت إقامته .

**وبهذا قضت محكمة النقض إذ تقول أنه** " إذ كان الأصل فى الملكية الشائعة أنه إذا أقام أحد الشركاء مشروعاً أو بناء على جزء مفرز من أرض شائعة – يعلم باقى الشركاء ودون اعتراض منهم – اعتبر وكيلاً عنهم فى ذلك وعد سكوتهم إقراراً لعمله ويكون المنشأ ملكاً شائعاً بينهم جميعا ويتحمل كل منهم فى تكاليفه بنسبة حصته فى الأرض ما لم يتفق عليه غير ذلك " ( جلسة ١٩٩٠/٥/٨ الطعن رقم ١٦ سنة٥٨ق) وبأنه " لما كان الأصل فى الملكية الشائعة – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أنه إذا أقام أحد الشركاء بناء على الأرض الشائعة بعلم باقى الشركاء أو دون اعتراض أحد منهم اعتبر وكيلاً عنهم وعد سكوتهم إقراراً لعمله

ويكون البناء ملكاً شائعاً بينهم جميعاً ولو لم يفوا فى حينه بما عليهم من نفقات فذلك حق شخصى للباقى يسترده مع الفائدة من وقت الاتفاق وفقا لما يخضع له من أحكام الوكالة " (جلسة ١٩٩١/٤/٣٠ الطعن رقم ٣١٤٨ سنة ٥٨ق)

فإذا لم توافق هذه الأغلبية على البناء ، ولم تقره بعد إقامته ، جاز طبقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد أن يجبر الشريك البانى على إزالة البناء ودفع تعويض لسائر الشركاء عما عسى أن يكون هذا البناء قد ألحق بالأرض من ضرر أما فى عهد التقنين المدنى السابق ، حيث لم يكن هناك نظام تشريعى لإدارة المال الشائع إدارة معتادة وإدارة غير معتادة فقد أشفقت محكمة النقض على الشريك الذى بنى فى جزء مفرز من الأرض الشائعة من هذه النتيجة القاسية ، ولم يكن القانون يهيئ له وسيلة يلجأ إليها إلا إجماع الشركاء وهو أمر متعذر فقضت بأن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية فى حصته الشائعة ولذلك فإنه إذا تمكن أحدهم من إقامة بناء على جزء من العقار المشترك ، فإنه لا يعد بانيا فى ملك غيره ومن ثم فإن المادة ٦٥ من القانون المدنى (السابق) لا تكون منطبقة على حالته لتعلقها بحكم البناء فى ملك الغير ولا يغير من ذلك ما للشريك الآخر من حق الملكية على الشيوع فى الجزء الذى حصل فيه البناء ، فإن كل ماله له هو أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ، ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة .(السنهورى ص٧٨٧)

أى أن البانى لا يجبر على إزالة البناء ، وعى الشركاء أن يطلبوا القسمة وينتظروا نتيجتها فإن وقع الجزء المقام عليه البناء فى نصيب الشريك البانى ، فقد تبين أنه بنى فى ملكه وتسلم له الأرض والبناء معاً وإن لم يقع هذا الجزء فى نصيبه ، فالشريك الذى وقع فى نصيبه هذا الجزء يكون فى حكم صاحب الأرض التى بنى عليها الغير وهو سيئ النية فنجرى الأحكام المتعلقة بذلك ويكون مخيراً بين طلب إزالة البناء أو استبقائه بالشروط التى قررها القانون فى هذا الصدد ويصعب الآن التسليم بما قررته محكمة النقض فى هذه المسألة بعد أن وضع القانون نظاماً تشريعياً يفتح الطريق أمام الشريك الذى يريد البناء فى جزء مفرز من الأرض الشائعة ، فما عليه إلا أن يحصل على موافقة أصحاب ثلاثة أرباع الأرض ، وليس عليه أن يحصل

على موافقة الجميع ولذلك يذهب أكثر الفقهاء فى مصدر بحق إلى أن الشريك الذى أقدم على البناء دون الحصول على موافقة الأغلبية المطلوبة يجوز إجباره على إزالة البناء والتعويض ، وذلك دون حاجة إلى طلب القسمة ودون انتظار لنتائجها .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " لئن كان من المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية فى حصته الشائعة ، وأنه إذا تمكن أحدهم من البناء على جزء من العقار الشائع ، فإنه لا يعد بانيا فى ملك غيره ، وكل ما للشريك الأخر أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة ، إلا أن مناط ذلك أن يكون القدر الذى بنى عليه معادلا لنصيبه فيه فإذا جاوزه أعتبر بانيا فى ملك غيره بالنسبة لما أقامه على ما يجوز حصته فيه . وإذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن شريك على الشيوع فى أرض النزاع مع المطعون عليها وبحق النصف لكل منهما ، وأنه لم يقم البناء على حصة من العقار تعادل نصيبه فيه ، بل أقام البناء على كامل الأرض المملوكة له والمطعون عليها مع علمه بذلك ورغم إنذارها وطلبها منه وقف البناء لإقامته على الأرض المملوكة لها ، ولم يأخذ الحكم من إعتبار الطاعن بانيا سيئ النية على أرض المطعون عليها وأنه يحق لها وطبقا للمادة ٩٢٤ من القانون المدنى استبقاء نصف البناء على أن تدفع قيمته مستحق الإزالة إعمالا لأحكام الالتصاق لا يكون مخالفا للقانون ( جلسة ١٩٨١/٣/٢٤ الطعن رقم ١٢٤١ لسنة ٤٧ق س ٣٢ ص٩٢٧) وبأنه " النص فى المادة ١/٨٢٨ من القانون المدنى على أن " ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء ." وفى المادة ١/٨٢٩ منه على أن (١) للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى اعد له ما يخرج عنها فإنها تكون لكن يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل وفقاً للإجراءات التى أوردتها المادة ٨٢٩ المشار إليها ... والأعمال التى قامت بها الطاعنة الأولى المالكة لحصة شائعة مقدارها ١٦ قيراطاً من ٢٤ قيراط فى العقار محل النزاع من إستكمال بناء الدور الثالث وبناء الدور الرابع وغرفتين ودورة مياه

بالدور الخامس فى ذات العقار تعد من قبيل الأعمال التى تخرج عن حدود الإدارة المعتادة ( نقض ١٩٩٧/١٢/٢٧ طعن ٣٩٥٢ س ٦٦ق) وبأنه " لما كان الأصل فى الملكية الشائعة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه إذا أقام أحد الشركاء بناء على الأرض الشائعة بعلم باقى الشركاء أو دون اعتراض أحد منهم اعتبر وكيلا عنهم وعند سكوتهم إقرار لعمله ويكون البناء ملكاً شائعاً بينهم جميعاً ولو لم يفوا فى حينه بما عليهم من نفقات فذلك حق شخصى للبانى يسترده مع الفائدة من وقت الانفاق وفقا لما يخضع له من أحكام الوكالة ( نقض ١٩٩١/٤/٣٠ طعن ٢١٤٨ س ٥٨ق) وبأنه " إذ كان الأصل فى الملكية الشائعة أنه إذا أقام أحد الشركاء مشروعاً أو بناء على جزء مفرز من أرض شائعة – بعلم باقى الشركاء ودون اعتراض منهم – اعتبر وكيلاً عنهم فى ذلك وعد سكوتهم إقرار لعمله ، ويكون المنشأ ملكاً شائعاً بينهم جميعاً ويتحمل كل منهم فى تكاليفه بنسبة حصته فى الأرض ما لم يتفق على غير ذلك " (نقض ١٩٩٠/٥/٨ طعن ١٦س ٥٨ق)

**كما قضت بأن** " وإذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن شريك على الشيوع فى أرض النزاع مع المطعون عليها ويحق النصف لك منهما ، وأنه لم يقم البناء على حصة من العقار تعادل نصيبه فيه ، بل أقام البناء على كامل الأرض المملوكة له والمطعون عليها مع علمه بذلك ورغم إنذارها له وطلبها منه وقف البناء لإقامته على الأرض المملوكة لها ، ولم يأخذ الحكم المطعون فيه بشهادة شاهديه من أنه أقام البناء بموافقة المطعون عليها ، فإن ما أنتهى إليه الحكم من اعتبار الطاعن بانياً سيئ النية على أرض المطعون عليها وأنه يحق لها وطبقاً للمادة ٩٢٤ من القانون المدنى استبقاء نصف البناء على أن تدفع قيمته مستحق الإزالة إعمالاً لأحكام الإلتصاق لا يكون مخالفاً للقانون" (نقض ١٩٨١/٣/٢٤ طعن ١٢٤١ س٤٧ق) وبأنه " ولئن كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية فى حصته الشائعة ، وأنه إذا تمكن أحدهم من البناء على جزء من العقار الشائع فإنه لا يعد بانياً فى ملك غيره ، وكل ما للشريك الآخر أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ، ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة ، إلا أن مناط ذلك أن يكون القدر الذى بنى عليه معادلا لنصيبه ، فيه

فإذا جاوزه ، اعتبر بانياً فى ملك غيره بالنسبة لما أقامه على ما يجاوز حصته فيه " (نقض ١٩٨١/٣/٢٤ طعن ١٢٤١ س ٤٧ق) وبأنه " ولكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية فى حصته الشائعة ، ولذلك فإنه إذا تمكن أحدهم من إقامة بناء على جزء من العقار المشترك فإنه لا يعد بانياً فى ملك غيره ، ومن ثم فإن المادة ٦٥ من القانون المدنى لا تكون منطبقة على حالته لتعلقها بحكم البناء فى ملك الغير ، ولا يغير من ذلك ما للشريك الآخر من حق الملكية على الشيوع فى الجزء الذى حصل عليه البناء فإن كل ماله هو أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة ( نقض ١٩٤٠/١/١١ طعن ٦٤س ٩ق) وبأنه " الشريك الذى يقيم بناء على العين المشتركة لا يعتبر من الغير فى معنى المادة ٦٥ من القانون المدنى فإذا ما طالب الشريك الآخر بملكيته لحصة فى هذا البناء وجب أن يكون ذلك – فى مقابل ما يناسبها فى تكاليف البناء الفعلية وقت إقامته ، إذ أن مطالبته هذه تفيد أنه اعتمد فعل شريكه ، ومن ثم يكون الشريك البانى فى هذه الحالة معتبراً فى حكم الوكيل"(نقض ١٩٤٨/١٢/٣٠ طعن ٩٧ س١٧ق)

*وتنص المادة ٨٣٠ مدني على أن " لكل شريك فى الشيوع الحق فى أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشئ ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء " .*

- **أعمـــال الحفـــظ** :

لقد منح المشرع لك شريك الحق فى إتخاذ الإجراءات اللازمة لحفظ الشئ ، دون حاجة لموافقة باقى الشركاء . فتنص فى المادة ٨٣٠ مدنى على أن " لكل شريك فى الشيوع الحق فى أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشئ ، ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء . ومن أعمال الحفظ " المال الشائع وترميمه وإجراء الإصلاحات الضرورية سواء كانت عاجلة أو غير عاجلة ومن تلقاء نفسه وتحويط بسور وتسجي سند الملكية وجنى الثمار قبل أن تتلف واتخاذ الإجراءات القانونية ورفع الدعاوى وقطع التقادم ورفع دعاوى الحيازة ودعوى الإستحقاق وما يلحق بها من طلبات الإزالة والتعويض إذا كان المال فى حيازة أحد غير الشركاء كمغتصب أو مستأجر من شريك بدون موافقة الأغلبية وفقا للانصباء ، ورفع دعوى تعيين الحدود

، ودفع الضرائب والرسوم المستحقة للحكومة حتى لا تحجز على المال الشائع وتسديد أقساط الديون المضمونة برهن أو باختصاص أو بإمتياز ودفع فوائدها حتى لا ينفذ جبريا على المال ، ويلتزم جميع الشركاء بالمبالغ التى يقترضها الشريك لانفاقها على حفظ المال . الشائع مما يجيز للمقرض توقيع الحجز على المال الشائع أو على المحصول قبل جنيه . (أنور طلبه ص٤٤٤)

والشريك فى الشيوع ، فى قيامه بأعمال الحفظ على النحو المتقدم ، يعتبر أصيلاً عن نفسه ، ثم هو وكيل عن سائر الشركاء ، إذا لم يعترض أحد منهم على عمله ، فيرجع عليهم بدعوى الوكالة ، فإذا تمت أعمال الحفظ دون علم من سائر الشركاء أعتبر فضولياً بالنسبة إليهم لأن الفضالة تتحقق ولو كان الفضولى فى أثناء تولية شأناً لنفسه تولى شأن غيره لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر ( م١٨٩ مدنى ) فيرجع الشريك بدعوى الفضالة ، أما إذا اعترض باقى الشركاء وقام الشريك بأعمال الحفظ بالرغم من اعتراضهم ، فإنه يرجع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب ، وهناك رأى يقول بأن الشريك يعتبر فى جميع هذه الأحوال نائباً عن شركائه نيابة قانونيا فى القيام بأعمال الحفظ ، فيرجع عليهم دائماً بدعوى النيابة . (محمد كامل مرسى فقرة ٦٥ ، محمد على عرفة فقرة ٢٩٧ ، حسن كيرة فقرة ١٠٨ ، السنهورى ص٧٥٩ ، شفيق شحاته فقرة ٤٦ ص١٦٨ ، عبد المنعم البدراوى ص١٥١)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " المادة ٨٣٠ من القانون المدنى تعطى الحق لكل شريك فى الشيوع أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشئ ولو كان ذلك بغير موافقة الشركاء ، وأعمال الحفظ التى يصح أن يقوم بها كل شريك فى الشيوع منفرداً دون حاجة إلى موافقة باقى الشركاء قد تكون أعمالاً مادية وقد تكون تصرفات قانونية أو اتخاذ إجراءات أو دفع دعاوى ( جلسة ١٩٨٩/١١/٢٩ الطعن رقم ١٠٤٥ لسنة ٥٢ق) وبأن " دعوى سد المطلات المفتوحة بغير حق على المال الشائع من قبيل الوسائل اللازمة لحفظه التى يملك كل شريك على الشيوع مباشرتها ، ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء عملاً بنص المادة ٨٣٠ من القانون المدنى . ( جلسة ١٩٨١/١/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ص ٢٠٧)

وبأنه " من الأصول المقررة وفقاً لنص المادتين ٨٣٠ ، ٨٣١ من القانون المدنى أن للشريك فى الشيوع منفرداً دون حاجة إلى موافقة باقى الشركاء القيام بأعمال حفظ المال الشائع يستوى فى ذلك أن تكون من الأعمال المادية أو من التصرفات القانونية أو اتخاذ إجراءات أو رفع دعاوى مثل دعاوى الحدود والحيازة وافستحقاق وما يلحق بها من طلبات الإزالة والتعويض ، ويعد الشريك على الشيوع فى هذا الشأن أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن باقى الشركاء ما لم يعترض أحدهم على عمله" (جلسة ٢٠٠٥/٢/٢٢ الطعن رقم ٤٨٦٢ لسنة ٧٣ق) ( جلسة ١٩٨٧/٦/١٦ مجموعة الكتب الفهرس ٣٨ع١ ص٣٨٧) وبأنه " انفراد بعض المطعون ضدهم الملاك على الشيوع بإقامة دعوى بطلب زيادة التعويض المقدر عن كامل الأرض الشائعة المشروع ملكيتها وإلزام الهيئة الطاعنة النازعة للملكية بدفعه دون اعتراض باقى الملاك المتنازعين كفايته بذاته لإكتمال صفة الأولين فى الدعوى ، اندراج ذلك ضمن أعمال حفظ المال الشائع القضاء لهم بالتعويض عن كامل المساحة المنزوع ملكيتها صحيح"( جلسة ٢٠٠٥/٢/٢٢ الطعن رقم ٤٨٦٢ لسنة ٧٣ق)

**كما قضت بأن** " من المقرر وفقاً لنص المادتين ٨٨٠ ، ٨٣١ من القانون المدنى أن للشريك فى الشيوع منفرداً ودون حاجة إلى موافقة باقى الشركاء القيام بأعمال حفظ المال الشائع يستوى فى ذلك أن تكون من الأعمال المادية أو مجن التصرفات القانونية ، ويلتزم جميع الشركاء فى ملكية المال الشائع بنفقات هذه الأعمال وتنقسم عليهم كل بقدر حصته فى الملكية " (جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥ الطعن رقم ١١٠ لسنة ٥٦ق) وبأنه " النص فى المادة ٨٣٠ من القانون المدنى على أنه " لكل شريك على الشيوع الحق فى أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشئ ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء " يدل على ان لكل شريك على الشيوع منفرداً أن يقوم بأعمال الحفظ وهو فى ذلك يعتبر أصلاً عن نفسه ووكيلاً عن سائر الشركاء طالما لم يعترض أحد منهم على عمله ، وكان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن أعمال الحفظ المعينة بالنص المشار إليه تتسع لرفع دعاوى الحدود والحيازة والاستحقاق وما يلحق بها من طلبات الإزالة والتعويض" (الطعن ١٣٢٣ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠)

*وتنص المادة ٨٣١ مدني على أن " نفقات إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال ، يتحملها جميع الشركاء ، كل بقدر حصته ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك " .*

- **نفقات إدارة المال الشائع وحفظه** :

إذا كان الشركاء يشتركون في ملكية الشئ الشائع والإنتفاع به خاصة ، فيكون من الطبيعي أن يشتركوا جميعا في كل النفقات التي تنفق على الشئ الشائع سواء في إدارته – مادامت الإدارة في الحدود القانونية الملزمة للجميع – أو في حفظه وصيانته بإعتبارها نفقات ضرورية ، وفي كل التكاليف والأعباء المالية التي يثقل بها الشئ ، كالضرائب والرسوم خاصة ، وواضح أن الأصل – ما لم يوجد ما يقضى بالعكس – هو اشتراك الشركاء المشتاعين في تحمل هذه النفقات والتكاليف بنسبة حصصهم في الشئ الشائع (م٨٣١ مدني) . (حسن كيرة ص١٦٨ وما بعدها)

- **تخلص الشريك من دفع حصته في النفقات والتكاليف** :

لما كان الشركاء في الشيوع ملاك للمال الشائع كما قدمنا ، فتنقسم تكاليف هذا المال عليهم جميعاً كل بقدر حصته فيه ومع ذلك يجوز لأى من الشركاء التخلص من دفع حصته في النفقات والتكاليف وذلك بأن يتخلى عن حصته في المال الشائع وهذه قاعدة مقررة للتخلص من أى التزام عيني وهو الإلتزام الذى يكون سببه ملكية العين وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٣١ يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفته اكتفاء بالقواعد العامة ويترتب على تخلى الشريك عن حصته أن تصبح هذه الحصة ملكاً لباقي الشركاء ، كل بقدر نصيبه في المال الشائع ، وفي هذه الحالة يتحمل باقي الشركاء النفقات ، كل بقدر حصته الجديد أى بعد إضافة حصة الشريك المتخلي إلى حصصهم .(السنهورى ص٧٩٠)

ولا تصح التخلية إلا بالنسبة للالتزامات المترتبة على خطأ الشريك كاتلافه للمال الشائع ، وبالتالي يلتزم بتعويض باقي الشركاء ، فإن قام بتنفيذ التزامه عينا بإصلاح من أتلفه ، إنقضى التزامه بهذا التنفيذ ، فلا يرجع عليه باقي الشركاء بشئ طالما كان التنفيذ العيني كاملا ، ولا يعد هذا الإصلاح من أعمال حفظ المال الشائع وإنما تنفيذاً عينيا لالتزام الشريك ، وبالتالي فإنه لا يرجع بما أنفقه على باقي الشركاء. (أنور طلبه)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " لئن كان من الأصول المقررة وفقاً لنص المادتين ٨٣٠ ، ٨٣١ من القانون المدنى أن للشريك فى الشيوع منفرداً ودون حاجة موافقة باقى الشركاء القيام بأعمال حفظ المال الشائع يستوى فى ذلك أن تكون من الأعمال المادية او من التصرفات القانونية ، ويلتزم جميع الشركاء فى ملكية المال الشائع ، بنفقات هذه الأعمال وتنقسم عليهم كل بقدر حصته فى الملكية ، إلا أنه إذا كان أحد الشركاء مستأثراً بالانتفاع بالعقار المملوك على الشيوع فأصاب العقار التلف لسبب مرده خطأ هذا الشريك فإن مسئوليته عن تعويض ما حاق الشركاء الآخرين من ضرر تكون متحققة على أساس من قواعد المسئولية العقدية أن كان انتفاعه بالعقار محكوماً بإتفاق انعقد بينه وبين سائر الشركاء أو على سند من المسئولية التقصيرية أن انتفى قيام العقد ، والتعويض إما أن يكون عينياً وهو الأصل ويصار إلى عوضه أى التعويض النقدى إن تعذر التعويض عيناً " (جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥ الطعن رقم ٦١١٠ ق) وبأنه " تمسك الطاعن الشريك على الشيوع بحقه فى حبس المستحق لشركائه المطعون ضدهم من ثمار العقار والشائع إلى حين وفائهم على هو مستحق له قبلهم من تكاليف إقامته طوابق فى العقار وذلك بموجب حكم نهائى فى دعوى أخرى ، قضاء الحكم المطعون فيه بإلزامه بأداء المستحق لهم من الثمار وإطراحه ذلك الدفاع على سند من أنه طلب بإجراء مقاصة بين الدينين لم يبد بصورة صحيحة جازمة ، مخالفة للقانون وخطأ وقصور مبطل"(جلسة ٢٠٠٤/٥/٢٥ الطعن رقم ٦٨٣٤ لسنة ٧٢ق)

**كما قضت محكمة استئناف مصر بأن** "دفع الشريك فى الشيوع الدين لدائن له رهن على العقار الشائع يشبه من جميع الوجوه قيام أحد الشركاء بالنفقات الضرورية لحفظ المال الشائع فيجب أن توزع النفقات قانوناً على الشركاء بنسبة حصصهم فى العقار جميعه" (استئناف مصر أول مارس سنة ١٩٣٣ المحاماه ١٤ رقم ١٧١ ص٣٣٩)

*وتنص المادة ٨٣٢ مدني على أن " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا فى ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء ، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان . وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجباً " .*

- **التصرف فى المال الشائع يكون بالأغلبية** :

لقد نصت المادة ٨٣٢ مدنى على أن " الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا فى ذلك إلى أسباب قوية . على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة ، خلال شهرين من وقت الإعلان وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح اشركاء ، أن تقرر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجباً . فيتبين من النص أنه " بالرغم من أن التصرف فى المال الشائع يقتضى اتفاق جميع الشركاء ، إلا أنه قد تعرض ظروف مهمة وتقوم أسباب قوية تستدعى التصرف فى هذا المال ومع ذلك يتعذر إجماع الشركاء على التصرف فتدخل المشرع فى هذه الحالة الاستثنائية ، وأجاز لأغلبية كبيرة من الشركاء أن تقرر التصرف فى المال الشائع مع إعطاء الأقلية غير الموافقة الضمانات الكافية .

- **الأغلبية اللازمة للتصرف فى المال الشائع** :

لما كان من العسير توافر الإجماع ، فإن المشرع قد جوز التصرف فى الشئ الشائع لأغلبية خاصة من الشركاء إذ تنص المادة ٨٣٢ من التقنين المدنى على أن " لشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا فى ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قرارتهم إلى باقى الشركاء ، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان ، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجباً " .

ويتضح من ذلك أن عمل التصرف – أيا كان نوعه – ينبغى صدور قرار به من أغلبية خاصة هى تلك التى تمثل ثلاثة أرباع المال الشائع (حسن كيرة ص١٧١) وهذه هى نفس الأغلبية المقررة فى الإدارة غير المعتادة فيما قدمناه والعدد الذى يملك هذا القدر من المال الشائع قد يكون كبيراً أو قليلاً ، بل قد يكون شريكاً واحداً فإذا ملك شريك ثلاثة أرباع المال الشائع ، كان له أن يقرر وحده التصرف فى هذا المال إذا قامت أسباب قوية تدعوى إلى ذلك .

- **الأسباب القوية التى تستدعى التصرف فى المال الشائع :**

قد يسوء استغلال المال الشائع وهو باق على الشيوع ولا توجد طريقة لتلاقى هذا النقص ، ويظهر من جهة أخرى أ، قسمة المال بين الشركاء ضار بمصالحهم فعندئذ يتبين أن الأجدى ليس هو بقاء الشيوع أو القسمة ، بل هو التصرف فى المال الشائع وقد تواتى فرصة يستطاع معها التصرف فى المال الشائع فى صفقة رابحة ، يخشى من فواتها ألا تعود وقد تتعذر إدارة المال الشائع بالرغم من جميع الوسائل التى هيأها القانون لإدارته ، وتكون القسمة العينية ضارة بالشركاء ، ويكون التصرف فى المال الأجنبى هو خير وسيلة لقسمته وقد تحتاج العين الشائعة إلى تعمير يستدعى نفقة ، ولا سبيل إلى الحصول على المال اللازم إلا عن طريق رهن العين ، بل قد يتبين أن هناك طريقة أفضل لاستغلال المال الشائع ، كأن تكون أرضا مثلا وفى إقامة مبان عليها مضاعفة لغلتها ، والحصول على المال اللازم لإقامة أرضاً مثلا وفى إقامة مبان عليها مضاعفة لغلتها ، والحصول على المال اللازم لإقامة المبانى يقتضى رهن الأرض هذه الأسباب وأمثالها تعتبر أسباباً قوية تستدعى التصرف فى العين الشائعة ، تارة بالبيع وطوراً بالرهن .

وكالتصرف فى العين الشائعة كلها التصرف فى جزء مفرز منها فتقوم أسباب قوية تستدعى ، ليس التصرف فى جميع العين الشائعة ، بل فى جزء مفرز منحها فقط ، ويتعذر إجماع الشركاء على هذا التصرف فيجوز للأغلبية سالفة الذكر ، من باب أولى التصرف فى هذا الجزء المفرز . (السنهورى ص٧٩٣)

- **الضمانات التى كفلها المشرع للأقلية :**

لقد حرص المشرع على كفالة حقوق الأقلية عن طريق تمكين القضاء من بسط رقابة واسعة على قرار الأغلبية بالتصرف فأوجب على الأغلبية إعلان كل شريك من الأقلية لشخصه أو بمحل إقامته بقرارها ، وليس للإعلان شكل خاص فقد يكون على يد محضر أو بخطاب مسجل أو شفاهة ولكن يقع على الأغلبية عبء إثباته ، ومت تخم الإعلان يكون لكل شريك من الأقلية الإعتراض على القرار أمام المحكمة المختصة خلال شهرين من الإعلان ، فإن لم يعترض أحد أصبح قرار الأغلبية نافذا ملزما للأقلية ، أما أن لم يتم الإعلان يظل الباب مفتوحاً أمام الأقلية للإعتراض ولا

يكون للأغلبية أن تقدم على تنفيذ قرارها . كذلك إذا تم الإعلان من غير الأغلبية ، فلا يعتد به ويظل باب الاعتراض مفتوحا ، كذلك الحكم إذا تحقق علم الأقلية بغير طريق الإعلان ، فلا يكفى العلم ولو كان يقينا ولما كان الإعلان مقرراً لمصلحة الأقلية ، فيجوز لها التنازل عنه ورفع الاعتراض استناداً إلى العلم اليقينى ، وللمحكمة إعطاء الدعوى وصفها الصحيح وتكييفها الذى يتفق والوقائع المطروحة وحكم القانون ، فإذا رفعت الأقلية الدعوى بعدم نفاذ تصرف الأغلبية أو عدم الإعتداد به أو عدم أحقية الأغلبية فى التصرف فى المال الشائع ، وجب على المحكمة أن تكيف هذه الدعوى باعتبارها اعتراضا على قرار الأغلبية أو تظلما منه ، وتطبق فى شأنها المادة ٨٣٢ من القانون المدنى .

وإذ يرد الاعتراض على تصرف الأغلبية ، فإن الدعوى تقدر بقيمة محل التصرف ، سواء تمثل المحل فى كامل العقار الشائع أو فى إحدى وحداته أو فى جزء منه ويتحدد تبعا لذلك الاختصاص القيمي والمحكمة التى يرفع إليها الاعتراض بمثابة دعوى شخصية عقارية ، فإن الإختصاص المحلى ، يتحدد بموقع العقار أو بموطن أى من أشخاص الأغلبية . (أنور طلبه ص٤٤٩ وما بعدها)

فيجب على المحكمة أن تنظر أولا فى أمر قسمة الشئ الشائع ومبلغ نفعها ، فإذا كانت القسمة ممكنة دون أضرار بمصالح الشركاء تعين على المحكمة الحكم بإجرائها ، أما إذا كان من شأن إجراء القسمة الأضرار بمصالح الشركاء ، فلا يبقى ثم مناص من الإبقاء على الشيوع والترجيح بين قرار الأغلبية ومعارضة الأقلية وهو ما تقوم به المحكمة مستهدية خاصة بحقيقة الدوافع والأسباب التى دعت الأغلبية إلى اتخاذ مثل هذا القرار لتبين مدى جديته ونفعه ، وبحقيقة المبررات التى دفعت قلة من الشركاء إلى الاعتراض عليه لتبين مبلغ صحة مثل هذا الاعتراض ، مراعية فى كل ذلك مدى ما يلحق مصالح الشركاء من ضرر أو نفع نتيجة إمضاء هذا القرار ، وبذلك تملك المحكمة أما التصديق على القرار وإنفاذه رغم معارضة المخالفين ، وإما إلغاءه وإنفاذ رأى القلة المعترضين حسب الأحوال . (حسن كيرة ص١٧٢)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " النص فى المادة ٨٣٢ من القانون المدنى على أنه " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف

فيه إذا استندوا فى ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء – ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان ، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً " مفاده أن المشروع وأن خول أغلبية الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع الحق فى أن يقرروا التصرف فيه كله دون الرجوع إلى باقى شركائهم أصحاب القلية إلا انه اشترط لذلك إعلان هؤلاء بالقرار حتى إذا لم يصادف قبولاً لدى أى منهم كان له حق الاعتراض عليه أمام المحكمة خلال شهرين من وقت إعلانه به ، ومؤدى ذلك أن المعول عليه فى انفتاح ميعاد الاعتراض على قرار الأغلبية هو بإعلانهم أصحاب الأقلية به مما لا يغنى عنه الإعلان الحاصل من غيرهم أو علم أصحاب الأقلية بهذا القرار بأى طريقة أخرى ولو كانت قاطعة " (نقض ١٩٨٥/١٢/٣١ طعن ١٥٣١ لسنة ٥١ق ) وبأنه " الأصل فى انتقال الملكية للورثة أنها تنتقل شائعة بينهم ، إذ يترتب على وفاة المورث تملك الورثة لاعيان التركة ملكية شائعة كل بنسبة حصته الموروثة وكان النص فى المادة ٨٣٢ من التقنين المدنى على أن " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا فى ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء ومن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان – وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا " يد على أن التصرف أيا كان نوعه ينبغى صدور قرار به من أغلبية خاصة تمثل ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل ويلزم أن يكون قرار الأغلبية مبنيا على أسباب قوية وللأقلية من الشركاء حق التظلم إلى المحكمة المختصة خلال شهرين من تاريخ إعلانهم بالتصرف بأى طريق ، وللمحكمة أن تقدر ما إذا كان التصرف واجبا من عدمه وإذا لم يعارض أحد فى هذا الميعاد أصبح قرار الأغلبية نافذا وملزماً للأقلية " (نقض ١٩٨٢/١/١١ طعن ٢٨٤ س ٤١ق) وبأنه " يدل نص المادة ٨٣٢ من القانون المدنى على أن الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يتصرفوا فى هذا المال بالبيع أو غيره إذا كانت هناك أسباب قوية تدعو إلى ذلك ،

على أن يعلنوا قراراهم لبقية الشركاء ولمن خالف ذلك من هؤلاء التظلم من قرار الأغلبية أمام المحكمة المختصة خلال شهرين من وقت إعلانه بهذا القرار ، والأغلبية إذ تباشر هذا الحق تباشره أصالة عن نفسها ونائبة عن الأقلية من الشركاء وينفذ فى حق الأقلية ما لم تتظلم إلى المحكمة المختصة على ما قد تثيره من اعتراضات ( نقض ١٩٨٥/٢/٢١ طعن ٥١٧ س ٥١ق )

*وتنص المادة ٨٣٣ مدني على أن " للشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة ، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشترى ، ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه .*

*وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته" .*

- **استرداد الحصة الشائعة** :

فقد أجاز المشرع للشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق الممارسة وبذلك يتفق حق الإسترداد مع حق الشفعة حيث يكون أيضا للشريك فى الشيوع حق استرداد الحصة التى باعها شريك آخر .

ولكن لكل من الحقين نطاقه الخاص فحق الشفعة ومصدره التاريخى هو الشريعة الإسلامية ، إنما يرد فى بيع حصة شائعة فى العقار ، وقد يرد فى غير الشيوع ، ومن ثم لا يمكن قصره على الشيوع فوجبت معالجته ضمن أسباب كسب الملكية أما حق الاسترداد ، ومصدره التاريخى هو القانون الفرنسى ، إنما يرد فى بيع حصة شائعة فى المنقول أو فى مجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموعة على عقار ، فهذا الحق هو إذن ملازم للشيوع .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " الشفعة والاسترداد وإن كانا منفقين فى أن كلا منهما يؤدى إلى نوع من الافتيات على حرية البائع وإلى نزع الملك جبراً على مشترية ، فإنهما مع ذلك حقان متغايران من حيث المصدر والحكمة والسبب والمح ، وذلك بأن الشفعة مصدرها الشريعة الإسلامية ، وحكمتها دفع ضرر شريك جديد أو جار طار وسببها الموجب لها هو اتصال ملك الشفيع بالمبيع اتصال شركة أو

جوار ، ومحلها أن يكون المبيع عقاراً فلا شفعة فى منقول أما الاسترداد فمصدره القانون الفرنسى ، وحكمته حفظ أسرار التركات وكف الأجانب عن النفاذ إليها وجعل الورثة فى مأمن من دخيل يطرأ فيفسد عليهم محيطهم العائلى وسببه الشركة فى الإرث ، ومحله أن يكون المبيع حصة أو جزءاً من حصة شائعة فى التركة عامة منظوراً إليها كوحدة قانونيا تنتظم كل ما يقوم بمال من الحقوق والواجبات ( نقض ١٩٤٦/١١/٢١ طعن ٧٩ س ١٥ق) وبأنه " القانون لم يأت بقواعد خاصة لرفع الدعوى بطلب استرداد الحصة المبيعة فيتعين أن تطبق فى هذا الصدد القواعد العامة ، ولكن هذا الاسترداد نوعاً من الشفعة كانت الدعوى به خاضعة لما تقتضيه هذه النوعية من القواعد الموضوعية لدعوى الشفعة ، أما ما جاء به قانون الشفعة من أحكام خاصة بدعوى الشفعة غير متصلة بهذه النوعية فإنه – إذ كان وارداً على خلاف أحكام القانون العام ، ومن ثم لا يصح القياس عليه – لا يطبق على دعوى الاسترداد وإذ كان فى الاسترداد ، كما فى الشفعة يحل المسترد بالنسبة إلى البائع محل المشترى فى جميع ما كان له من الحقوق وما عليه من الواجبات ، ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة من البائع للمسترد ، فإنه يكون من اللازم إدخال البائع فى دعوى الاسترداد ، كما يلزم فى دعوى الشفعة أما الحكم الخاص بوجوب إعلان المشترى والبائع فى الميعاد المعين لاستئناف دعوى الشفعة فلا يسرى لأنه حكم استثنائى بل الذى يسرى هنا هو حكم القانون العام" (نقض ١٩٤٥/١٢/٢٧ طعن ٣١ بسنة ١٤ق) وبأنه " المادة ٤٦٢ من القانون المدنى لم توجب على طاب الاسترداد أن يعرض الثمن ، خلافاً لما هو مقرر فى قانون الشفعة وهذا يفيد أنه لا يجوز رفض طلب الاسترداد بمقولة إن الثمن الذى عرضه الطالب هو دون الثمن الذى ثبت لدى القضاء أنه الثمن الحقيقى ، إلا أن أعراض الطالب عن الاسترداد مقابل هذا الثمن بعد أن تتاح له فرصة اعلم به ، فإذا كان ثمن الحصة المبيعة بقى مخلفاً عليه إلى أن حسمت محكمة الإستئناف هذا الخلاف بحكمها مثبتة فيه الثمن الحقيقى ، ثم حكمت المحكمة فى ذات الوقت برفض طلب الاسترداد لكون الطالب لم يبد استعداده لدفع هذا الثمن ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون" (نقض ١٩٤٦/٤/١٨ طعن ٦٩ س ١٥ق)

- **نطـاق حـق الاستـرداد** :

لا يرد حق الاسترداد إلى على الحصة الشائعة فى منقول معين أو الحصة الشائعة فى مجموع من المال – سواء كان الشيوع ناشئا عن الأرث أو عن غيره – حتى ولو كان متضمنا لعقارات ، لأن الاعتبار حينئذ للمجموع فى ذاته ككل لا لمفرداته ، وذلك بخلاف الحال فى الشفعة حيث يقتصر محلها على الحصة المبيعة فى عقار معين بالذات .

وقد قطع المشرع فى التقنين المدنى الحالى – بتحديد نطاق الاسترداد على هذا النحو – الخلاف الذى كان قائما فى ظل التقنين القديم حول ذلك ، ويراعى أنه لم يقتصر فى تحديد نطاق الاسترداد على ما استقرت عليه محكمة النقض فى ظل التقنين السابق من حصر هذا النطاق فى الحصة الشائعة فى المجموع من المال ، بل بسطه كذلك على الحصة الشائعة فى منقول معين ولعله أراد بذلك خلق طريق يمكن الشركاء المشتاعين – وهم محرومون من الأخذ بالشفعة فى بيع المنقول – من منع دخول الأجنبي بينهم فى الشيوع إذا اشترى حصة شائعة فيه باسترداد منه. (حسن كيرة ص١٨٩)

وحيث لاسترداد كل شريك فى الشيوع وقت البيع وذلك دون تفرقه بين شريك أصلى وهو الذى كان موجوداً منذ بدء الشيوع ، وشريك عارض وهو الذى لم يدخل فى الشيوع إلا فى تاريخ لاحق كورثة الشركاء الأصليين ، والشريك الذى يشترى حصة أحد الشركاء ويحل محله والموصى لهم بحصة أحد الشركاء .

- **شـروط الاسـترداد** :

هناك شروط معينة يجب توافرها حتى يستطيع الشريك فى المنقول أو فى المجموع من المال أن يسترد الحصة الشائعة التى باعها شريك أخر لأجنبي بطريق الممارسة ، وهذه الشروط هى :

١- **وجود عقد تام صادر من أحد الشركاء** : فلا يجوز الاسترداد إذا كان البيع فى مرحلة التمهيد ولو صدر إيجاب ملزم ، ولا فى الهبة أو الوصية أو المقايضة أو فى غير ذلك من التصرفات التى لا تكون بيعا ، على أن يتم البيع اختيارا أى بالممارسة فالبيع بالمزاد لا يجوز فيه استعمال حق الاسترداد كما لا تجوز الشفعة فيما سنرى ،

إذ كان الشريك الذي يريد الاسترداد يستطيع أن يدخل فى المزاد فلا يمكن الأجنبي من رسو المزاد عليه ، فتخلفه عن ذلك رضاء ضمنى منه بأن يكون الأجنبي شريكا . والبيع الذي يمنع من استعمال حق الاسترداد هو الذي يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون ، كما هو الأمر فى الشفعة ، فيدخل البيع بالمزاد الاختياري إذ أن الشريك كان يستطيع الدخول فى المزاد ، ومن ثم لا يجوز فيه استعمال حق الاسترداد ، كما لا يجوز استعمال حق الشفعة .

**وقد أكدت محكمة النقض المبادئ المتقدمة ، إذ قضت** بعدم جواز الاسترداد فى أثناء إجراءات البيع بالمزاد لعدم إمكان القسمة عيناً ، لأن الحكمة فى تخويل هذا الحق للشركاء هى منع تدخل الأجنبي فى الملكية الشائعة ، وهذه الحكمة تتوافر بطبيعتها فى البيع بالمزاد إذ لهم أن يشتركوا فيه ويشتروا الحصة المعروضة للبيع ويمنعوا الأجنبى من التدخل فى الشركة ، كما أن طلب المطعون عليه قسمة العين المشتركة وبيعها بالمزاد وتحديد ثمن أساسي لهذا البيع لا يعتبر عرضاً ملزما له بالثمن الذى حدده ... لأن تحديد ثمن للبيع عند عدم إمكان القسمة عينا إنما هو للمزايدة . (نقض مدنى ١٩٥٢/١٠/٣٠ مجموعة أحكام النقض ٤رقم ٩ص٤٥ )

٢- **ورود البيع على حصة شائعة فى منقول أو مجموع من المال** : يشترط أن يكون المبيع حصة شائعة لأن بيع الحصة الشائعة هو الذى يؤدى إلى دخول الأجنبى شريكا فى الشيوع ، وهذا ما أراد القانون منعه بتقريره حق الاسترداد حتى لا يقتحم أجنبى حرم الشركاء وإذ باع الشريك بعض حصته الشائعة ، نصفها أو ربعها مثلا ، فقد تحققت الحكمة كذلك من تقرير حق الاسترداد إذ يدخل الاجنبى المشترى هنا أيضا شريكا مع نفس الشريك البائع ومع سائر الشركاء ، فإذا كان الشريك البائع قد ارتضاه شريكا معه ، فإن الشركاء الآخرين لم يرتضوه . أما إذا كان المبيع جزء مفرز فإن المشترى لا يدخل شريكا بمجرد شرائه هذا الجزء المفرز ، وسنرى أن المادة ٢/٨٢٦ مدنى تجعل حقه موقوفاً على نتيجة القسمة ، فإما أن يثبت على الجزء المفرز الذى اشتراه إذا وقع هذا الجزء فى نصيب الشريك البائع ، أو ينتقل حقه إلى الجزء المفرز الذى آل إلى الشريك البائع بطريق القسمة ، فهو فى جميع الأحوال لا يحصل إلا على جزء مفرز من البيع بعد قسمته ، فلا يكون إذن شريكا فى

الشيوع مع الشركاء الآخرين ، وتنعدم بذلك حكمه حق الاسترداد ، فلا يجوز إذن استعمال هذا الحق . (السنهورى ص٨٠٨)

٣- **أن يتم *البيع* لاجنبى عن *الشيوع*** : فإن تم لأى من الشركاء الآخرين ، مهما كانت حصته ، فلا يجوز لأى شريك آخر أن يطلب الاسترداد إذ أن جميع الشركاء فى درجة واحدة قياساً على الشفعة .( أنور طلبه ص٤٥٦)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " إذا كان المقرر بنص المادة ٨٣٣ من القانون المدنى أنه " للشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق الممارسة ... وكان مؤدى هذا النص أنه يشترط لاستعمال حق الاسترداد وفقا لأحكامه أن يكون البيع محل الاسترداد صادر من أحد الشركاء فى الشيوع إلى أجنبى عنهم حتى لا يتضرر باقى الشركاء من دخوله بينهم ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بأحقية المطعون ضدها الأولى للحصة محل النزاع على أساس الميراث ، فإن عقد البيع الذى تضمن بيع هذه الحصة إليها – والشركة فى دور التصفية – لا يكون صادراً من شريك على الشيوع إلى أجنبى عن الشركاء وهو ما تخلف معه شروط تطبيق حكم المادة ٨٢٣ من القانون المدنى ومن ثم لا يحق للطاعن الأول – استرداد الحصة موضوع الدعوى وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة الصحيحة فإن النعى عليه بالخطأ فى الأسباب التى أقام عليها قضاءه يكون غير منتج" (جلسة ١٩٨٥/٤/٢٢ الطعن رقم ١٦١١ لسنة ٥٣ق)

٤- **أن يكون *المسترد* هو أحد *الشركاء*** : ويجب أخيراً أن يكون المسترد للحصة الشائعة المبيعة هو أحد الشركاء ، وهذا واضح فإن الشركاء هم الذين يتضررون من دخول أجنبى بينهم ، ولذلك يثبت لهم هم دون غيرهم الحق فى الاسترداد وكان الرأى السائد فى عهد التقنين المدنى السابق أن الشريك الذى يسترد يجب أن يكون شريكا أصليا أى شريكا منذ بدء الشيوع فإذا خلف هذا الشريك الأصلى خلف عام كوارث أو خلف خاص كمشتر لم يكن لهذا الخلف وهو شريك غير أصلى الحق فى الاسترداد ، ولكن التقنين المدنى الجديد ، لما أطلق لفظ " الشريك " لم يميز بين شريك أصلى وشريك غير أصلى فيجوز إذن لخلف الشريك الأصلى من وارث أو

مشتر أو نحو ذلك أن يسترد الحصة الشائعة المبيعة مادام شريكا فى الشيوع وقت البيع ، وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي " ولم ير المشروع التمييز بين شريك أصلى وشريك عارض .(مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ص ٩٨)

وإذ تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته ، وهذا حق شخصي فلا يجوز لدائنى الشريك استعمال حقه فى الاسترداد . ( أنور طلبه ص٤٥٦)

- **إجـــراءات الاســـترداد** :

متى توافرت الشروط السابقة ، كان للشريك استرداد الحصة المبيعة متى اتخذ الإجراءات التالية :

(١) **إعلان المسترد رغبته فى الاسترداد لكل من البائع والمشترى** : فيجب على المسترد أن يعلن البائع والمشترى برغبته فى الاسترداد ويتضمن الإعلان رغبة المسترد فى استرداد الحصة المبيعة مع استعداده لدفع الثمن مع ملحقاته لصاحب الحق فيه ( محمد لبيب شنب ص٣٣١) ولم يشترط القانون أن يكون هذا الإعلان رسمياً على يد محضر كما اشترط ذلك فى الشفعة ، ومن ثم يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، ويصح أن يكون شفويا ولكن يقع عبء الإثبات على الشريك البائع والمشترى . ومتى تم الإعلان للشركاء ، فعلى الشريك الذى يريد أن يسترد أن يطلب الاسترداد من كل من الشريك البائع والمشترى ، وذلك فى خلال ثلاثين يوما من يوم إعلانه بالبيع وليس إعلان البيع ضروريا فقد لا يعلن الشركاء بالبيع ، ومع ذلك إذا ثبت علم شريك فعلا بهذا البيع ، فإن هذا الشريك يجب إذا أراد الاسترداد أن يطالب به فى خلال ثلاثين يوماً من يوم علمه بالبيع وعبء إثبات العلم بالبيع يقع على الشريك البائع وعلى المشترى ، والعلم واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق(السنهورى ص٨١٠) وميعاد الثلاثين يوماً يسرى بالنسبة لكل شريك على حدة فإذا انقضى الميعاد دون أن يستعمل أحد من الشركاء ، رغم إعلانه أو علمه ، حقه فى الاسترداد سقط هذا الحق وأصبح البيع باتا نافذاً فى حق باقى الشركاء . (أنور طلبه ص٤٥٧)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " إن المادة ٤٦٢ من القانون المدنى لم توجب على طالب الاسترداد أن يعرض الثمن ، خلافاً لما هو مقرر فى قانون الشفعة وهذا يفيد أنه لا يجوز رفض طلب الاسترداد بمقولة إن الثمن الذى عرضه الطالب هو دون

الثمن الذى ثبت لدى القضاء أنه الثمن الحقيقى ، إلا إذا أعرض الطالب عن الاسترداد مقابل هذا الثمن بعد أن تتاح له فرصة العلم به ، فإذا كان ثمن الحصة المبيعة بقى مختلفا عليه إلى أن حسمت محكمة الاستئناف هذا الخلاف بحكمها مثبت فيه الثمن الحقيقى ، ثم حكمت المحكمة فى ذات الوقت برفض طلب الاسترداد لكون الطالب لم يبد استعداده لدفع هذا الثمن ، فإنها تكون قد خالفت القانون " ( طعن رقم ٦٩ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/٤/١٨) وبأنه " إن قانون الشفعة إذ نص فى المادة ١٤ على أنه " يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشترى طلبه لها كتابة على يد محضر ويكون هذا الإعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانوناً ، وإذ نص فى المادة ١٩ على أن حق الشفعة يسقط إذا لم يظهر الشفيع رغبة فى الأخذ بالشفعة فى ظرف خمسة عشري وما من وقت علمه بالبيع – غذ نص على هذا وذلك فقد دل على أنه يجب على طالب الشفعة أن يعلن رغبته إلى البائع والمشترى بورقة على يد محضر فى ميعاد خمسة عشر يوما يبدأ من تاريخ العلم بالبيع وإلا سقط حقه فى الشفعة ، كما دل على أن العبرة فى أنتهاء الميعاد هى بحصول الإعلان فعلا إلى البائع والمشترى لا بتسليم ورقة الإعلان لقلم المحضرين ، لأن نص المادة ١٤ صريح فى وجوب الإعلان ، والإعلان لا يكون بالتسليم لقلم المحضرين وإنما يكون بالطرق المقررة له فى قانون المرافعات ، يؤكد هذا النظر ما جاء فى آخر الفقرة الثانية من المادة ١٩ من أنه " يزاد على هذه المدة ( أى مدة الخمسة عشر يوما " عند الاقتضاء ميعاد المسافة " مما يقطع بأن المقصود بإظهار الرغبة هو الإعلان أى بتسليم الورقة للمعلن إليه ـو فى محله على حسب الأصول المرسومة فى القانون ، فإنه لو كان يكفى مجرد التسليم لقلم المحضرين لما كان هناك محل للنص على ميعاد المسافة ، ولكان الشارع بين ما يجب على الشفيع اتباعه بعد هذا التسليم إذ التسليم بذاته ليس فيه أى إعلان للخصم ، وإذن فالحكم الذى يبنى قضاءه على أن العبرة فى احتساب مدة إظهار الرغبة فى الشفعة هى بحصول الإعلان إلى البائع والمشترى لا بتقديم الورقة إلى قلم المحضرين يكون قد أصاب فى تطبيق القانون " (طعن رقم ٣٦ لسنة ١٤ق – جلسة ١٩٤٥/٤/١٢)

**كما قضت بأن** : النص فى الفقرة الأولى من المادة ٨٣٣ من القانون المدنى على أن " للشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال أن يسترد قبل

القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق الممارسة وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو تاريخ إعلانه به ، ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشترى ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه " والنص فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي على أن " قصر المشرع حق استرداد الحصة الشائعة على المنقول دون العقار ، وجعل حق الشفعة فى العقار مغنية عن هذا الحق ... فإن حل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته كما فى الشفعة ، وعوض المسترد المشترى كل ما أنفقه ولم يلزم المشروع المسترد أن يعرض الثمن عرضاً حقيقياً فيكفى إظهار الرغبة فى الاسترداد وفى الاستعداد لدفع الثمن وبقية النفقات ، يدل على أنه يتعين أن يشمل الإعلان الذى يوجه من الشريك البائع لحصة شائعة فى المنقول أو فى مجموع من المال أو ممن اشترى منه إلى باقى الشركاء على شروط البيع ومنها مقدار الثمن الذي تم به حتى يستطيع هؤلاء أن يعلموا إرادتهم فى الصفقة فيستردونها أو يتركونها ، وأن المقصود بالعلم الذى يبدأ منه سقوط الحق فى طلب استرداد الحصة المبيعة هو اعلم الحقيقي بشروط البيع شاملة الثمن المدفوع دون العلم الظنى ( نقض ١٩٩٢/٢/١٠ طعن ١١٩١ س ٥٣ق)

(٢) **رفع دعوى الاسترداد** : ذكرنا فيما تقدم أن أول إجراءات الاسترداد هو إعلان المسترد كل من البائع والمشترى برغبته فى الاسترداد خلال ميعاد معين . فإن تم الإعلان صحيحاً على النحو المتقدم كان للشريك أن يسترد الحصة المبيعة ويحل محل المشترى ويصبح مالكاً للحصة . إذا كانت شائعة فى مجموع من المال يشتمل على عقارات ، فإذا امتنع من يحوز الحصة الشائعة ، البائع أو المشترى ، من تسليمها إلى المسترد ، كان لهذا أن يرفع دعوى يطالب فيها بثبوت الاسترداد والتسليم ، ويختصم البائع والمشترى فى جميع المراحل فى أى وقت من إعلانه لرغبته مادامت القسمة لم تتم وذلك أن الأثر الذى يترتب على الاسترداد ، كما سنرى هو حلول المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته قبل البائع ، فالخصوم فى الدعوى هم إذن من جهة المسترد الذى يطالب بثبوت حقه فى الاسترداد ، ومن جهة أخرى المشترى الذى يطلب المسترد أن يحل محله والبائع الذى يطلب المسترد أن يحل هو محل المشترى قبله .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " ولئن كان الأصل فى دعوى استرداد الحصة المبيعة لأجنبى على الشيوع أنها غير قابلة لتجزئة ولابد لقبولها من اختصام البائع والمشترى والمسترد أو ورثة من يتوفى منهم فى جميع مراحلها ، سواء فى أول درجة أو فى الاستئناف أو فى النقض ، وسواء كان رافع الدعوى أو الطعن فى الحكم هو البائع أو المشترى أو المسترد بحيث إذا رفعها أيهم فى أية مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم أحد صاحبيه ، فقضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها ، إلا أنه إزاء عدم استساغه تنافر المواقف بين المحكوم عليهم فى موضوع غير قابل للتجزئة لا يحتمل بطبيعته سوى حل واحد يسرى عليهم جميعاً فقد أوجب المشرع فى المادة ٢١٨ من قانون المرافعات على المحكمة المنظور أمامها الطعن أن تأمر الطاعن باختصام المحكوم عليه الذى لم يطعن مع زملائه فى الحكم الصادر ضدهم ، وإذ بادر الطاعنان – وقد انفردا دون باقى المحكوم عليهم " ورثة البائع " بالطعن على الحكم الاستئنافى – إلى ذلك من تلقاء نفسيهما ، فإنهما يكونان قد حققا مراد القانون كاملا مما يستقيم معه شكل الطعن وتكتمل معه موجبات قبوله " (نقض ١٩٨٩/١/٣٠ طعن ٩٧٦ س ٥٣ق ) وبأن " دعوى استرداد الحصة المبيعة لأجنبى على الشيوع هى دعوى بتحويل الحقوق والالتزامات فيما بين البائع والمشترى إلى ما بين البائع والمسترد ، فتزول صلة البائع بالمشترى ، ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة إلى المسترد ، ومن ثم تكون هذه الدعوى غير قابلة للتجزئة ويجب اختصام البائع والمشترى فيها فى كافة مراحل التقاضى بما فيها مرحلة الطعن بطريق النقض ، وإذن فمتى كان الثابت بالأوراق أن المطعون عليها بوصفها مستردة قد اختصمت فى مرحلتى التقاضى الابتدائية والاستئنافية الطاعنين بوصفهما مشتريين والبائعيين لهما وصدر الحكم النهائى فى الدعوى على هذا الأساس قاضيا بأحقيتهما فى استرداد الحصتين المبيعتين مما كان يتعين معه على الطاعنين اختصام هذين البائعين فى مرحلة الطعن بطريق النقض ، أما ،انهما لم يختصما فيه سوى المطعون عليها ، وذلك على الرغم مما هو ثابت بتقريره من أن مناط النعى فيه على احكم المطعون فيه هو حق الاسترداد غير القابل للتجزئة ، ومن أن الطاعنين قراره بعد تاريخ العمل بالقانون المدنى الجديد الذى تنص المادة ٨٣٣ منه على أن دعوى

استرداد الحصة المبيعة على الشيوع توجه إلى كل من البائع والمشترى ، فإن الطاعن يكوكن باطلا إذ لا يتصور بحسب الوضع الذى انتهت به الدعوى أن يكون حق الاسترداد باقيا بالنسبة على البائعين وغير قائم بالنسبة إلى المشترين وللمحكمة وفقا للمادة ٤٢٩ مرافعات أن تقرر من تلقاء نفسها بناء على ما تقدم ببطلان الطعن لعدم اختصام من يجب اختصامه فيه" (نقض ١٩٥٢/١٢/١٨ طعن ٤٦ س ٢١ق) وبأنه " قاعدة نسبية الآثار المترتبة على إجراءات المرافعات لا تسرى فى حالتى التضامن وعدم التجزئة ، وإذ كان موضوع دعوى استرداد الحصة المبيعة مما لا يقبل التجزئة فإن إعلان الاستئناف الموجه من المسترد إلى البائع بعد الميعاد يكون صحيحاً متى كان المشترى قد أعلن به فى الميعاد" (نقض ١٩٤٥/١٢/٢٧ ج ١ فى ٢٥ سنة ص١٨٥ )

وبالنسبة لمواعيد رفع دعوى الاسترداد فلم يحدد لها القانون مواعيد ، كما حدد لدعوى الشفعة فيجوز رفعها إذن فى أى وقت قبل تمام قسمة الشئ الشائع بشرط توجيه الإعلان بالاسترداد إلى كل من البائع والمشترى فى ميعاد الثلاثين يوما المحدد فى المادة ١/٨٣٣ مدنى ، ومع ذلك ذهبت محكمة النقض إلى اعتبار ميعاد الثلاثين يوما المحدد للإعلان بالاسترداد ميعاداً أيضا لرفع دعوى الاسترداد" (نقض مدنى ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٠ ص ٢٢٥ انظر فى نقض الحكم إسماعيل غانم فقرة ٨٤ ص ١٩١ – عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٧ ص ١٧٦ – حسن كيرة فقرة ١٢٦ ص٤١٩ هامش ٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٨ هامش ١ ، وانظر فى تأييده عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤١ ص ٢١٦)

- **الآثار المترتبة على استرداد الحصة المبيعة** :

لقد نصت المادة ١/٨٣٣ مدنى على أن " ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته " ، فالاسترداد إذن هو إحلال المسترد محل المشترى فى الصفقة التى عقدها هذا الأخير مع الشريك البائع ، فهو حق شخصى بموجبه أخذ المسترد مكان المشترى وأصبح هو المشترى مباشرة من البائع ، وأصبحت له جميع حقوق المشترى وعليه جميع التزاماته وذلك لا من وقت الاسترداد فحسب ، بل

ينسحب هذا الحلول بأثر رجعى إلى وقت البيع الصادر من الشريك البائع إلى المشترى ، فيكون للاسترداد أثر رجعى ، ويعتبر بيع الحصة الشائعة كأنه صدر ابتداء إلى المسترد ، ويختفى شخص المشترى ، ولا يبقى إلا البائع والمسترد وكأن البائع قد باع حصته الشائعة للمسترد منذ البداية وقد رأينا محكمة النقض تقضى بأن دعوى استرداد الحصة المبيعة لأجنبى على الشيوع هى دعوى بتحويل الحقوق من الالتزام فيما بين البائع والمشترى إلى ما بين البائع والمسترد ، فنزول صلة البائع بالمشترى وتحل محلها صلة البائع بالمسترد ، ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة إلى المسترد" (نقض مدنى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٥ ص ٢٢١)

- **ويترتب على ما تقدم النتائج التالية** :

١- يسقط أى تصرف إجراه المشترى على الحصة كرهن أو حق انتفاع ، وإذا استحقت الحصة فلا يرجع المسترد بضمان الاستحقاق على المشترى بل على البائع ، وإذا كان المشترى دفع الثمن قبل الاسترداد التزم المسترد برده إليه مع فوائده من يوم دفعه وما تحمله من نفقات كرسوم التسجيل والسمسرة ومصروفات الحفظ والصيانة ، على أن يلتزم المشترى برد الثمار التى حصل عليها من يوم البيع ليوم الاسترداد . (أنور طلبه ص٤٥٩)

٢- إذا لم يكن المشترى قد وفى الثمن للبائع ، فإن الملتزم بوفائه نحو البائع هو المسترد ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك ، وقدمنا أيضا أن المسترد يحل محل المشترى فى نفس العقد وشروطه ذاتها ، فإذا كان هناك أجل لدفع الثمن أفاد منه المسترد ، وإذا كان الثمن مقسطاً دفعه المسترد بالتقسيط وذلك على خلاف الشفعة حيث لا يفيد الشفيع لا من التأجيل ولا من التقسيط بل يجب عليه تعجيل الثمن ، ويلاحظ أن الثمن إذا كان مؤجلاً أو مقسطاً وأراد المسترد أن يفيد من التأجيل أو التقسيط ، جاز للبائع أن يلزمه بتقديم تأمين كاف ، ولا يلتزم المسترد نحو البائع إلا بدفع الثمن الحقيقى ، فإذا ثبت أن الثمن المذكور فى عقد بيع الحصة الشائعة هو أكبر من الثمن الحقيقى فليس عليه أن يدفع إلا الثمن الحقيقى وله أن يثبت صورية الثمن بجميع طرق الإثبات . (السنهورى ص٨١٦)

٣- ومادام المسترد يعتبر كأنه اشترى مباشرة من البائع فالمشترى لا يلتزم له بضمان الاستحقاق والذى يلتزم بهذا الضمان هو البائع فإذا استحقت الحصة الشائعة رجع المسترد على البائع بالضمان وإذا كان المسترد مهدداً بالاستحقاق فليس له أن يمتنع لهذا السبب عن الوفاء للمشترى بالثمن وملحقاته ، لأن المشترى ليس هو الملزم بالضمان ، وعلى العكس من ذلك للمسترد أن يمتنع لهذا السبب عن الوفاء للبائع بالثمن إذا كان هذا الأخير لم يستوف الثمن من المشترى ، وذلك لأن البائع هو الملزم بالضمان كما قدمنا . (محمد كامل مرسى فقرة ٩٠ - محمد على عرفة فقرة ٣١٥ - عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ - السنهورى ص٨١٥)

٤- ويلتزم البائع بنقل ملكية الحصة الشائعة المبيعة إلى المسترد ، فتنتقل هذه الملكية مباشرة إلى المسترد وتنتقل الملكية إلى المسترد من وقت إبرام عقد البيع لا من وقت الاسترداد فى الحصة الشائعة فى المنقول المعين بالذات أما إذا كان المبيع حصة شائعة فى مجموع من المال يشتمل على عقار فلابد لانتقال الملكية فى هذا العقار من التسجيل ، فإن كان المشترى قد سبق له أن سجل عقد البيع ، فيكفى أن يؤشر المسترد على هامش هذا التسجيل بالاسترداد ، أما إذا كان المشترى لم يسبق له التسجيل فعلى المسترد أن يقوم بتسجيل الاسترداد حتى تنتقل إليه الملكية . (محمد عرفة فقرة ٢١٦ - عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٩ - إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٤ - حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص٤٣٥ - ص٤٣٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٦ )

٥- يعتبر البيع فى العلاقة بين البائع والمشترى ، كأن لم يكن ، فليس للبائع مطالبة المشترى بالثمن وليس للمشترى مطالبة البائع بنقل الملكية أو بضمان الاستحقاق ، وتلغى المقاصة التى وقعت بين الثمن وبيع وبين حق للمشترى فى ذمة البائع فيعود هذا الحق فى ذمة البائع كما يزول اتحاد الذمة .

**وقضت محكمة النقض بأن** " نطاق حق الشريك فى الشيوع فى استرداد الحصة الشائعة التى باعها شريك آخر لأجنبى لا يرد إلا فى منقول شائع قائم بذاته أو فى مجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموع على عقار ، أما العقار الشائع المعين

بالذات فلا يكون محلا لحق الاسترداد ، وإنما هو محل لحق الشفعة حتى لو كان سبب الشيوع فى العقار هو الميراث ، وحتى لو كان العقار هو كل ما تركه المورث ، وكان عقد البيع غير المسجل الوارد على عقار يترتب عليه آثاره بوصفه بيعا عدا نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى فأنها تتراخى لحين التسجيل ( نقض ١٩٨٨/٣/١٧ طعن ٥١٣ س ٥٢ق ) وبأنه " المادة ٤٦٢ من القانون المدنى – القديم – منقولة عن المادة ٨٤١ من القانون المدنى الفرنسة لحالة خاصة ، وهى حالة ما إذا باع أحد الورثة للغير حصته الشائعة فى تركة أو جزء من تلك الحصة الشائعة بحيث يدخل فيها ما يخصها فى جميع مشتملاتها من عقار ومنقول وما عليها من الحقوق فإنه يحق عندئذ لباقى الورثة أو لأحدهم لحين القسمة أن يسترد الحصة الشائعة المبيعة فى حدود المادة ٤٦٢ سالفة الذكر ، وهذا النص لا ينطبق إذا كان المبيع حصة شائعة فى عين معينة من التركة أو الشركة ، ولا يغير من ذلك أن تكون العين التى باع أحد الورثة حصته شائعة فيها للغير هى كل ما تركه المورث متى كان المبيع هو جزء من عين معينة وليس هو حصة البائع الميراثية فى مجموع أموال التركة أو جزءا من هذه الحصة ( نقض ١٩٥١/٣/٢٩ طعن ١٥٣ س ١٩ق ) وبأنه " الحصة الشائعة التى يجوز استردادها وفقا لنص المادة ٤٦٢ من القانون المدنى " القديم " هى الحصة الشائعة فى مجموع الملك المشترك كله لا حصة شائعة فى عين أو أعيان معينة منه ، وذلك لأن حلول أجنبى محل أحد الشركاء فى جزء شائع فى مجموع الملك هو وحده الذى قدر فيه الشارع مظنة إذاعة أسرار الشركة وإفساد محيطها (نقض ١٩٤٧/٥/٢٢ طعن ١١٣ س ١٦ق ) وبأنه " حكمة المادة ٤٦٢ من القانون المدنى هى حماية الشركاء الأصليين الذين جمعت بينهم القرابة العائلية أو الرغبة الاختيارية من الأجنبى الدخيل عليهم ، تجنباً لاطلاعه على أحوال التركة أو الشركة ولما قد يترتب على تدخله من ارتباك لهم سواء أثناء قيام الشركة بينهم أو عند تصفيتها ، وإذ كانت هذه هى الحكمة فى تقرير حق الاسترداد فإنه لا يكون له محل فى الحصة الشائعة فى العقار أو العقارات المعينة التى يتبادر بجلاء وبلا أدنى شك سهولة تسليمها للمشترى الأجنبى دون ذلك الإطلاع أو الارتباك ، ودون احتمال اشتراكه فى قسمة عموم أموال التركة أو الشركة ، بل هذه تكون مستثناة من

حق الاسترداد ، فإن كان الحكم قد أثبت أن البيع وقع على حصة فى أعيان معينة ، وأنه يسهل تسليمها.دون اطلاع على أوراق الشركة وأسرارها ، ولم تعترض الطاعن على ذلك فى طعنها فى الحكم بطريق النقض ففيما أثبته الحكم من ذلك ما يكفى لاعتبارها غير محقة فى المطالبة بالاسترداد عملا بالمادة ٤٦٢ سالفة الذكر (نقض ١٩٤٥/٥/٢٤ طعن ١٣٣ س ١٤ق ) وبأنه " النص فى المادة ٨٣٣ من القانون المدنى على أن " للشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى ." إنما قصد به كف الأجانب عن اقتحام حرم الشركاء فى ملكيتهم للمنقول الشائع أو المجموع من المال وجعلهم فى مأمن من دخيل يطرأ فيفسد عليهم محيطهم ، لما كان ذلك وكان المحل التجارى وعلى ما يقضى به القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ يعتبر منقولاً معنوياً يشمل مجموعة العناصر المادية والمعنوية المخصصة لمزاولة المهنة التجارية من اتصال بالعملاء وسمعة واسم عنوان تجارى وحق فى الإجارة وحقوق الملكية الأدبية والفنية مستقلة عن المفردات المكونة لها ، وإذ كان الثابت من الأوراق أن المحل التجارى مثار النزاع مملوك على الشيوع لورثة المرحوم .. وليس من بينهم الطاعنين ، فيكون بيع أحد الشركاء حصته الشائعة فى هذا المحل لهما هو بيع لأجنبيين يجوز فيه لأى من الشركاء الآخرين حق استرداد الحصة المبيعة عملا بنص المادة المذكورة (نقض ١٩٨٩/١/٣٠ طعن ٩٧٦ س ٥٣ق) وبأنه " نص المادة ٤٦٢ من القانون المدنى " القديم " بشأن الاسترداد العقارى لا ينطبق إذا كان المبيع حصة شائعة فى عين معينة من التركة ذلك بأن محل تطبيق هذا النص هو أن يكون المبيع حصة شائعة فى تركة بحيث يدخل فيها ما يخصها فى جميع مشتملاتها من عقار ومنقول وما عليها من حقوق ( نقض ١٩٥٢/٦/١٢ المرجع السابق ص ٢١٤) وبأنه " محل ثبوت حق الاسترداد المنصوص عليه فى المادة ٤٦٢ من القانون المدنى " القديم " هو أن يكون المبيع حصة شائعة فى مجموع الملك المشترك كله لا حصة شائعة فى عين أو أعيان معينة منه ، وذلك لأن حلول الأجنبى محل أحد الشركاء فى جزء شائع فى مجموع الملك هو وحده الذى قدر فيه الشارع مظنة إذاعة أسرارا الشركة وأفساد محيطها ( نقض ١٩٤٧/٥/٢٢ المرجع السابق ص ٢١٤) وبأن " مناط ثبوت حق

الاسترداد المنصوص عليه فى المادة ٤٦٢ من القانون المدنى هو أن يكون المبيع حصة شائعة فى مجموع المشترك كله لا حصة شائعة فى عين معينة منه ، وذلك لأن حلول أجنبى محل أحد الشركاء فى جزء شائع فى مجموع الملك هو وحده الذى قدر فيه مظنة إذاعة أسرار الشركة وإفساد محيطها فإذا كان الثابت فى الحكم أن القدر المبيع هو حصة شائعة فى عين معينة من الشركة المشتملة على منزل لم يدخل فى صفقة البيع وقضى الحكم برفض طلب الاسترداد فأنه لا يكون قد خالف القانون ( نقض ١٩٤٧/٣/١٣ طعن ٤٤ س ١٦ق)

**كما قضت بأن** "محل حق الاسترداد الوارد فى المادة ٤٦٢ من القانون المدنى هو أن يكون المبيع حصة أو جزءا من حصة شائعة فى مجموعة الملك المشترك كله لا حصة شائعة فى عين معينة من هذا الملك ( نقض ١٩٤٨/٢/٢٦ طعن ٤٩ س ١٧ ق) وبأنه " متى كان الحكم قد قضى برفض طلب الطاعن استرداد الحصة الشائعة فى العقار الذى طلب المطعون عليه بيعه عند عدم إمكان قسمته عينا ، أقام قضاءه على أن دعوى استرداد الحصة الشائعة المبيعة لا توجه إلا إلى مشترى هذه الحصة متى كان أجنبيا عن الشركاء الأصليين ومن ثم لا يجور رفعها على المطعون عليه لأنه من جهة ليس مشتريا ومن جهة أخرى لم يصدر بيع بعد وأنه لا يغير من هذا النظر أن يطلب حق الاسترداد أثناء إجراءات البيع بالمزاد لعدم إمكان القسمة عينا لأن الحكمة فى تخويل هذا الحق للشركاء هو منع تدخل الأجنبي فى الملكية الشائعة وهذه الحكمة تتوفر بطبيعتها فى البيع بالمزاد إذ لهم أن يشتركوا فيه ويشتروا الحصة المعروضة للبيع ويمنعوا الأجنبي من التدخل فى الشركة كما أن طلب المطعون عليه قسمة العين المشتركة وبيعها بالمزاد وتحديد ثمن أساسي لهذا البيع لا يعتبر عرضا ملزما له ببيع حصته بالثمن الذى حدده إذا طلب منه الشريك الآخر الشراء استنادا إلى أن له أفضلية على الغير باسترداد الحصة الشائعة وذلك لأن هذا الحق لا يكون إلا فى حالة البيع التام وهو لم يتم لأن تحديد ثمن للبيع عند عدم إمكان القسمة عينا إنما هو للمزايدة وليس مؤداه أن يتخلى طالب القسمة عنها وهى حق من حقوقه وليس معناه أن يجبر على بيع حصته لأحد الشركاء ، فإن هذا الذى أقيم عليه الحكم لا مخالفة فيه للقانون ولا يشوبه قصور" (نقض ١٩٥٢/١/٣٠ ج١ فى ٢٥ سنة ص٢١٥)

- **انقضاء الشيوع بالقسمة** :

تنص المادة ٨٣٤ مدني على أن " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ولا يجوز بمقتضى ، ولا يجوز بمقتضى الإتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين ، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه ".

- **قسمة المال الشائع** :

ينقضى الشيوع بأسباب كثيرة يخضع أغلبها للقواعد العامة فلا يحتاج إلى دراسة خاصة ، ولكن أهم هذه الأسباب هو " القسمة " ، التى عنى المشرع بها عناية كبيرة فأفرد لها قواعد خاصة من حيث الإجراءات والآثار على السواء، ولذلك نقتصر على دراستها وحدها . (حسن كيرة ص١٩٤)

والمقصود بقسمة المال الشائع هى إجراء يختص بموجبه كل شريك فى المال الشائع ، بجزء مفرز من المال يتناسب مع حصته الشائعة فى هذا المال .

**وقد عرفتها محكمة النقض بأن** " قسمة المال الشائع تتم بتعيين جزء مفرز من هذا المال لكل شريك لينفرد بملكة دون باقى الشركاء (طعن رقم ١٠٤ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٥/٢/٧) وإذا كان من شأن القسمة فض الشيوع وإنهاؤه ، فليس معنى ذلك لزوم أن تكون هذه القسمة كامنة شاكلة لكل الأشياء الشائعة ، فإنها إذا كانت كذلك فى الأصل ، فأنها فى حالات أخرى قد تكون قسمة جزئية . والمشرع لا ينظر إلى الشيوع نظرة تشجيع أو ترحيب ، بإعتبارها فى غالب الأحوال عقبة فى سبيل استغلال الشئ الشائع استغلالا اقتصاديا على الوجه الأكمل ، فضلا عما يثيره من مشاكل كثيرة نتيجة تزاحم حقوق المشتاعين المتساوية على نفس الشئ ، مما يتهدد حتما بقاءه ويجعله مؤقتا يتربص بفضه أصحابه ، من أجل ذلك يقرر المشرع فى الأصل أنه لا إجبار على البقاء فى الشيوع وأن من حق شريك طلب القسمة لفضه ( م٨٣٤ مدنى ) وحق طلب القسمة لا يسقط بالتقادم مهما طالت مدة عدم استعماله فيظل للشريك دائما – مهما مضى من مدة على ابتداء الشيوع طالما أنه بأن لم ينقض بسبب آخر – الحق فى طلب قسمة الشئ الشائع ، لأن هذا الحق يرتهن وجوده بوجود حالة الشيوع مما يجعله متجددا دائما باستمرارها. (حسن كيرة ص١٩٥)

- **ثبوت حق طلب القسمة** :

ولما كان الحق فى طلب القسمة متفرعا عن وجود وضع الشيوع ويقصد فضه وإنهائه ، فمقتضى ذلك ثبوته لكل من يكون شريكا فى الشيوع (م٨٣٤ مدنى) وقصره على من يثبت له هذا الوصف فحسب ، ولذلك لا يثبت هذا الحق للشريك الأصل فى الشيوع فقط ، بل يثبت كذلك لكل من يخلفه خلاقه عامة أو خاصة على حصته الشائعة ، إذا من شأن هذه الخلافة أو تلك إحلال الخلف العام أو الخاص محله فى الشيوع وفى وصفه كشريك .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " إذا كان من المقرر أن عقد القسمة ينعقد بين الشركاء فى ملكية المال الشائع ومحله المال المملوك ملكية شائعة بين الجميع وهو من العقود التبادلية التى تتقابل فيها الحقوق ، وكان المطعون عليهما الأول والثانى لا يملكان فى مال مورث الطاعنين – الثلاثة أفدنه التى اشتراها من المطعون عليه الأخير – شيئا فإن اقتسام هذا القدر لا تتوافر فيه شرائطه المقررة فى القانون لعقد القسمة " (الطعن رقم ١٧١٤ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٠/٦/١٠)

- **وبناء على ما تقدم لا يثبت الحق فى طلب القسمة للأشخاص الآتية** :

١- لا يثبت الحق فى طلب القسمة للمتصرف إليه من أحد الشركاء بجزء مفرز من الشئ الشائع ، حيث أن هذا التصرف غير نافذ فى حق باقى الشركاء ، فلا يكون من شأنه إحلال المتصرف إليه محل المتصرف شريكا فى الشيوع كما سبق البيان ، وإنما يكون فى مواجهة باقى الشركاء فى مقام دائن الشريك المتصرف ، فيسرى عليه ما يسرى على الدائنين من أحكام فى هذا الشأن . (حسن كيرة )

٢- للمشترى لحصة شائعة لعقد بيع عرفى ، لأن الملكية فى المواد العقارية لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل .

٣- المشترى بعقد بيع عرفى صدر له حكم بصحة ونفاذ عقده دون أن يسجل هذ الحكم .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " أوجبت المادة الأولى من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ تسجيل جميع العقود التى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عينى آخر أو

نقله أو تغييره ، ومؤدى ذلك أن حق الملكية لا ينتقل من البائع إلى المشترى إلا بالتسجيل وإلى أن يتم هذا التسجيل يبقى البائع مالكا للعقار ويكون بالتالى هو الخصم فى كل دعوى تتعلق بعين العقار ، ولما كان الخصم فى دعوى القسمة هو الشريك المالك عملا بالمادة ٤٥٢ مدنى قديم التى تحكم هذا النزاع ، وكان يبين من الوقائع التى أثبتها الحكم المطعون فيه أن دعوى القسمة رفعت من الطاعنين على المطعون عليه الثانى الذى كان مالكا للعقار والشريك الواجب اختصامه ، وكان مجرد شراء المطعون عليه الأول لحصة المطعون عليه الثانى الإرثية فى هذا العقار وقيامه بتسجيل صحيفة دوى صحة التعاقد لا يترتب عليه نقل الملكية إذا الملكية لا تنتقل إليه إلا بتسجيل الحكم الصادر فى الدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه إذا خالف هذا النظر يكون قد اخطأ فى القانون بما يستوجب نقضه " (طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/٤/٢١)

٤- وليس لدائنى الشريك الحق فى طلب القسمة بصفة أصلية ومباشر ولكن يكون لهم استعمال حق مدينهم فى طلب القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة إذا توافرت شروطها .

٥- المستأجر لجزء من المال فهو أيضا ليس له حق فى طلب القسمة .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " متى كان المستأجر قد أستأجر نصيبا مفرزا فى الأرض بما عليه من المبانى فلا صفه له فى التمسك بأن القسمة بين الشركاء إنما وردت على الأرض دون البناء " ( طعن رقم ٦ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١/٣) وبأنه " ليس للمستأجر أن يجادل المؤجر فى سند ملكيته وعما إذا كان له الحق فى القسمة التى أجراها أو أن هذه القسمة قد شابها بطلان أو مخالفة القانون " (طعن رقم ٩٦ لسنة ٢٢ق جلسة ٩٥٥/١١/٣ )

- **حالات امتناع طلب القسمة** :

إذا كان الأصل هو ثبوت حق كل شريك فى طلب القسمة ما دام الشيوع قائما ، فإن هذا الأصل ليس مطلقا ، بل يحد منه نص القانون أو اتفاق الشركاء المشتاعين:

**١- امتناع طلب القسمة لنص فى القانون :** قد يكون الشريك فى المال الشائع مجراً على البقاء فى الشيوع بموجب لنص فى القانون سواء فى القانون المدنى أو غيره من

التشريعات فلا يجوز له طلب القسمة ، كما هى الحال فى الشيوع الإجباري ، حيث يقتضى الغرض الذى أعد له الشئ الشائع بقاءه على الشيوع إذ لا يصلح للاستعمال المعد له إذا قسم (م ٨٥٠ مدنى) وكما هى الحال فى الأجزاء المشتركة فى ملكية الطبقات كالأرض المقام عليها الدار وأجزاء البناء المعدة للإستعمال المشترك بين الجميع ، فإنها لا تقبل القسمة ، وليس لشريك أن يتصرف فى نصيبه فيها مستقلا عن الجزء الذى يملكه مفرزا فى الدار ( م ٨٥٦ /٢ مدنى) وقد يخول القانون للحكمة سلطة منع القسمة مؤقتا : فللمحكمة ، إذا رفعت دعوى بالقسمة على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب ، أن توقف القسمة مدة لا تجاوز مس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضرراً جسيما (م ٤١ من الرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال) . (حسن كيرة ص١٩٧)

**٢- امتناع طلب القسمة لوجود اتفاق بين الشركاء المشتاعين :** الحق فى طلب القسمة ليس متعلقا بالنظام العام وبالتالى يجوز الاتفاق على تأجيله . وبالتالي يمتنع على الشركاء بمقتضى الاتفاق طلب القسمة امتناعاً مؤقتاً ، وإذا إنعقد إجماع الشركاء على البقاء فى الشيوع ، وجب أن يكون ذلك لمدة لا تجاوز خمس سنين ، فإن تم الاتفاق على مدة أطول من خمس سنوات بطل الاتفاق فيما جاوزها ولا يوجد ما يمنع من تكرار الاتفاق على مدد متعاقبة كل منها لا يجاوز خمس سنوات على أن يكون كل تجديد بعقد جديد وينفذ ذا الاتفاق فى حق الشركاء وفى حق خلفهم ويجوز التمسك بالاتفاق ضد دائنى الشركاء ، وللشركاء أن يتفقوا جميعا على قسمة المال الشائع قبل انقضاء هذه المادة ، ونصت المادة ٤١ من المرسوم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن للمحكمة أن توقف القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها فى التعجيل بها ضرر جسيم إذا كانت دعوى القسمة مرفوعة على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر ، وطلب ذلك من ينوب عنه أو النيابة العامة ، ويدفع الشركاء إلى الاتفاق وجود مشروع يلزم لحسن استغلاله أن يبقى مدة معينة ون قسمة أو يكون هناك احتمال أفضل إذا تمت القسمة بعد مدة معينة . (أنور طلبه ص٤٧١)

وإذا كان الاتفاق على البقاء فى الشيوع الامتناع عن طلب القسمة جائز ، فى حدود أجل لا يجاوز خمس سنوات ، فالأصل ن يتم هذا الاتفاق بإجماع كافة الشركاء ، فإذا تم بين بعضهم دون بعض ، فلا يقيد حينئذ – شأن كل اتفاق – إلا أطرافه وحدهم ، فيبقى من حق الشركاء الذين لم يدخلوا طرفا فيه طلب القسمة فى أى وقت ، وهو ما ينتهى – إذا تحقق الطلب – إلى إهدار أثر اتفاق المتفقين على الامتناع عن طلبها . (حسن كيرة ص١٩٨)

ويخضع الاتفاق على البقاء فى الشيوع من حيث انعقاده وصحته لحكم القواعد العامة . غير أنه يجب مراعاة أن الاتفاق على البقاء فى الشيوع من أعمال الإدارة وليس من أعمال التصرف ومن ثم يكفى آن تتوافر فى الشيك أهلية الإدارة دون أهلية التصرف وعلى أى حال ، إذا وجد بين الشركاء اتفاق على البقاء فى الشيوع لأجل لا يجاوز خمس سنوات ، فالاتفاق صحيح ملزم لكل شريك طرف فيه بحيث يمتنع عليه طلب القسمة خلال هذا الأجل ، غير أن حق البقاء فى الشيوع ، كآي حق آخر ، يجب أن يخضع لمبدأ عدم التعسف فى الاستعمال وبناء عليه طلب أحد الشركاء القسمة رقم الاتفاق وقبل فوات مدته ، فدفع باقى الشركاء وذلك بالتمسك بالاتفاق وما يعطيهم من حق البقاء فى الشيوع طوال الأجل المتفق عليه فيكون تمسكهم مجديا إذا لم ينسب استعمالهم هذا الحق أي نصف، أما إذا شابه التعسف وخاصة حيث يطرأ سبب قوى يبرر التعجيل بالقسمة ، فتملك المحكمة نع تحقق هذا التعسف برفض الدفع وأجابه الشريك إلى طلبه بالأمر بتعجيل القسمة . (حسن كيرة ص١٩٨ وما بعدها)

وعلى أى حال ، إذا لم يكن الشركاء مجبرين على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص قانون أو اتفاق فيما بينهم فى الحدود المذكورة ، فلهم فى أى وقت أن يطالبوا بالقسمة ، ولا يمنعهم من ذلك وجود اتفاق بينهم على قسمة مهايأه مكانية لم تنقض مدته بعد ، لأن قسمة المهايأة – وهى ليست إلا ضربا من ضروب تنظيم الانتفاع بالشئ الشائع – تصبح غير ذات موضوع إذا انقضى الشيوع بأى سبب من أسبابه ولو مبادأة من جانب أحد الشركاء . (حسن كيرة ص٢٠٠ وفى هذا المعنى منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ – إسماعيل غانم فقرة ٨٨ – عبد المنعم الصدة فقرة ١٣٨)

- **اشتراط الموصى على الورثة أو الموصى لهم البقاء فى الشيوع** :

قد يوصى شخص لعدة أشخاص بمال شائع ويضمن وصيته شرطاً يفرض على هؤلاء الأشخاص البقاء فى الشيوع مدة معينة .فاختلفت الآراء حول طبيعة هذا الشرط ومدى صحته فذهب البعض إلى أن ما يرد فى وصية من شرط على الورثة أو الموصى لهم بالنفاذ فى الشيوع يعتبر صحيحا مادام يمنع القسمة المدة لا يجاوز خمس سنوات ويكون مبنياً على سبب مشروع ، وهم يستندوا فى رأيهم هذا إلى نص المادة ١/٨٢٣ مدنى التى تقضى بأنه إذا تضمن العقد أو الوصية ، شرطاً يقضى بمنع التصرف فى مال فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعت مشروع ومقصور على مدة معقولة . ومن ثم فالنص يجيز أن يشترط الواهب أو الموصى عدم جوار التصرف فى المال الموهوب أو الموصى به ، فيكون للموصى أو الواهب أن يشترط البقاء فى الشيوع وهو شرط أحق من شرط العقد فى التصرف . (السنهورى ص١١٧٥ ، منصور مصطفى منصور ص١٧٤ ، عبد المنعم الصدة ص٢٢١)

وذهب البعض الآخر إلى أن ما قد يرد فى وصية من شرط على الورثة أو الموصى لهم بالبقاء فى الشيوع ، ولو لمدة لا تجاوز الأجل المسموح به قانونا ، يجب إعتباره باطلا لا يفيد الشركاء ، فالمشروع قد ارتضى الخروج على الأصل تحقيقا لمصلحة الشركاء أنفسهم إذا ارتضوا باختيارهم البقاء فى الشيوع فيجب أن لا يكون هذا البقاء – بما يصحبه من مضار واحتكاك – مفروضا عليهم من جانب شخص آخر كالموصى . (حسن كيرة ص٢٠٠ – محمد على عرفه ص٤٢١ – محمد كامل مرسى ص١٣٨ – محمد وحيد الدين سوار ص٣٨٦ )

- **وصية المورث بقسمة تركته** :

نصت المادة ٩٠٨ من القانون المدنى على أن " نصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين كل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية " فهذا النص يجيز للمورث أن يوصى بقسمة أموال تركته وذلك استثناء من حكم الفقرة الثانية من المادة ١٣١ مدنى التى تجعل التعامل فى تركته إنسان على قيد الحياة باطلاً ، ومن ثم تكون وصية بتقييم أموال تركته على جميع ورثته كما يجوز له أن يوصى بتقسيم بعض أموالها على أن يظل الباقى تركه بينهم .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " النص فى المادة ٩٠٨ من القانون المدنى على أن " تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى ، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، فإذا زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية لا يفيد أن الوارث يكتسب ملكية نصيبه فى التركة بالميراث إذا أوصى له المورث بما يعادل هذا النصيب ، ذلك أن النص المذكور إنما يعرض إلى القسمة التى جريها المورث فى تركته بين ورثته حال حياته وتكون فى صورة وصية " ( طعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١) وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع تحصيل المعنى الذى قصده المتعاقدان من عبارات العقد مستهدية بالظروف التى أحاطت به طالما كان من استخلصته لا يخرج عن المعنى الذى تحتمله تلك العبارات ، ولما كان نص المادة ٩٠٨ من القانون المدنى يقضى بأنه تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه فإن زادت قيمة ما يعين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية ، ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه أيد الحكم الابتدائي الذى أعتمد تقرير الخبير والذى أنتهى إلى زيادة نصيب الطاعنة وأخواتها بمقتضى الاتفاق المؤرخ ١٩٦٧/٧/٤ عن حقهن الشرعى فى الميراث واعتبر الزيادة وصية لا تنعقد فى حقها إلا فى حدود الثلث وقدر نصيب الطاعنة ميراثا ووصية فإن هذه النتيجة تكون قد صادفت صحيح القانون ويضحى النعى على الحكم المطعون فهى بهذا السبب على غير أساس" (طعن رقم ١٧٥٦ لسنة ٥٢ق – جلسة ١٩٨٦/٢/٢٣) .

- **عدم شمول القسمة لجميع أموال المورث** :

فالقسمة قد لا تشمل جميع أموال المورث وقت الوفاة إما لأنه أراد ذلك فترك بعض أمواله شائعة ، أو لأنه قد ألت إليه بعد القسمة وقبل وفاته أموال أخرى ولم يدخلها فى القسمة التى أجراها . وفى هذه الحالة تؤول هذه الأموال إلى الورثة عند الوفاة شائعة ولهم إجراء قسمة جديدة لها .

*وقد نصت المادة ٩١٠ مدنى على أن " إذا لم يشتمل القسمة جميع أموال المورث وقت وفاته فإن الأموال التى لم تدخل القسمة تؤول شائعة إلى الورثة طبقاً لقواعد الميراث " ولكن إذا تصرف المورث فى بعض الأموال التى شملتها القسمة قبل وفاته تبطل القسمة وتؤول الأموال شائعة إلى الورثة وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بقولهما . ففيما يتعلق بالأموال ، إذا لم تدخل فى القسمة أموال تركها عند موته ، بقيت هذه الأموال شائعة بين الورثة ، وإذا كان الأمر بالعكس وتصرف المورث فى بعض الموال التى دخلت القسمة فإن القسمة تبطل " .*

- **موت أحد الورثة قبل وفاة المورث** :

إذا مات قبل المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا فى القسمة فإن الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيب من مات تؤول شائعة إلى الورثة طبقا لقواعد الميراث (م ٩١١ مدنى ) ولكن إذا حدث العكس وزاد عدد الورثة وقت وفاة المورث عن عددهم وقت الوصية وهو ما يترتب عليه تغير فى أنصبة الورثة ، فإن الوصية تكون باطلة وتنتقل أعيان التركة إلى الورثة الموجودين وقت الوفاة شائعين لهم أجراء قسمة جديدة إذا أرادوا ذلك .

- **الأحكام التى تسرى على قسمة المورث** :

تسرى على قسمة المورث الأحكام التى تسرى على القسمة عامة عدا أحكام الغبن ، فقد نصت المادة ٩١٢ مدنى على أن " تسرى فى القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة ، عدا أحكام العين " ، وذلك لأن أحكام العين التى تسرى على دعوى القسمة تتعارض مع طبيعة قسمة المورث بإعتبارها وصية . فالزيادة فى نصيب أحد الورثة لا تعد غبنا وإنما تعد وصية يسرى فى حق باقى الورثة ، دون أجازهم فى حدود تلك التركة جميعها . (عزمى البكرى ص١٩٦)

- **أنــواع القسمـــة** :

بعد مراجعة نصوص مواد القانون المدنى المصرى المتعلقة بالقسمة ، ومطالعة تعليقات الشراح تبين أن القسمة تنقسم إلى عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة نستطيع جمعها فى خمسة اعتبارات :

**الاعتبار الأول** : فتنقسم باعتبار طبيعة محل القسمة ، أو من حيث إنهاء الشركاء أو بقائها شائعة إلى قسمين : الأول قسمة المال أو الأعيان والثانى قسمة متفقه وقسمة المال أو الأعبان هى عبارة عن أخذ كل واحد من الشركاء من المال المشترك بينهم قدر حصته ، يخلص له ويستأثر به صفة مالكاً منفرداً ، وبمعنى آخر فهى قسمة الملك نهائيا ، لا قسمة منفعة فحسب . (السنهورى ص٨٨٩) وهذا المعنى لا يتحقق إلا إذا كانت القسمة نهائية ترد على الملك نفسه ، وليست قسمة مؤقته تقتصر على المنفعة ، فالقسمة بمعناها الدقيق ، لا تتحقق إلا مع القسمة النهائي التى يترتب عليها إنهاء حالة الشيوع بصفة نهائية . ولا يحول دون اعتبار القسمة للملك ، أن تكون هذه القسمة موصوفة ، كأن تعلق على شرط ، غير أن القسمة لا تكون عندئذ بأنه منجزة ، بل يتوقف ذلك على مصير الشرط ( إبراهيم أبو الليل ص١٦٥ ) وإذا أطلق اصطلاح القسمة دون وصف أو تحديد ، كان المقصود به قسمة الملكة التى تقض الشيوع ( حسن كيرة ص٤٤٣ ) وقد تناول المشرع الوضعى أحكامها فى المواد من ٨٣٥ مدنى إلى المادة ٨٤٥ مدنى مصرى .

**أما قسمة المنفعة** (القسمة المؤقتة أو القسمة المهايأة ) : فتكون القسمة مؤقتة إذا وردت على الانتفاع بالمال الشائع ، وليست على ملكيته وهى لا تنهى حالة الشيوع ، بل تقتصر على تنظيم كيفية انتفاع الشركاء بالمال الشائع باتفاقهم جميعاً على طريقة خاصة بذلك . فقسمة المهايأة أو المنفعة ترد على الانتفاع بالمال الشائع وليس على ملكيتها ويلجأ إليها الشركاء لتفادى مشاكل وإجراءات إدارة المال الشائع سواء عن طريق اختصاص كل واحد من الشركاء بالانتفاع بكل الشئ الشائع زمانا محدداً وهو ما يسمى بالمهايأة الزمانية أو عن طريق اختصاص كل واحد من الشركاء بالانتفاع بجزء من الشئ الشائع وهو ما يسمى بالمهايأة المكانية . (حسن كيرة ، مرجع سابق)

وقد نظم المشرع المصرى أحكام قسمة المنتفعة (المهايأة المكانية) . (حسن كيرة ، مرجع سابق)

وقد نظم المشرع المصرى أحكام قسمة المنفعة (المهايأة) فى المواد من ٨٤٦ – ٨٤٩ مدنى مصرى .

**الاعتبار الثانى** : تنقسم باعتبار من يتولى إجراء القسمة إرادة المتقاسمين إلى قسمين الأول قسم اتفاقية الثانى قسم قضائية .

**والقسمة الاتفاقية** : هى التى ينعقد إجماع الشركاء فيها على أن يقسموا المال الشائع بالطريق التى يرونها وهى تؤدى إلى إفراز نصيب كل شريك فى المال ، فهى التى تجرى بين المتقاسمين فى الملك الشائع بالتراضى . (محمد كامل مرسى ، الملكة والحقوق العينية ص٣٠٩)

والقسمة تكون إذا اتفق جميع الشركاء على إجرائها بالتراضى دون الالتجاء إلى القضاء ، فيتفقون على كيفية قسمة الأموال الشائعة كلها أو بعضها ، كما يتفقون إذا اقتضى الأمر على بيع المال الشائع بالمزاد ، على أن تكون المزايدة رضائية. (السنهورى ص٨٩٠)

وقد نصت المادة ٨٣٥ مدنى مصرى على القسمة الاتفاقية فقالت : " للشركاء إذا انعقد إجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها ، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، وجبت مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون " ، ويجب أن يكون محل عقد القسمة الاتفاقية مستوفيا لشروطه ، وهى ذات الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام بوجه عام ، فيجب أن يكون محل القسمة ممكنا ، وأن يكون معينا أو قابلا للتعين ، وأن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب ( محمد المنجى ص١٣٩ ) ولكن تكون القسمة اتفاقية يجب أن يكون من بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ، وإلا وجب أن ينوب عنه الولى أو الوصى ، مع مراعاة ما يقضى به القانون فى هذا الصدد ، وإلا جاز لناقص الأهلية أن يتمسك ببطلان عقد القسمة . (محمد على عرفه ص١٨٤)

**أما القسمة القضائية** : فهى القسمة التى تتولى المحكمة إجراؤها بناء على دعوى ترفع من أحد الشركاء المشتاعين بأنها ، تسمى دعوى القسمة ، وتصدر فيها حكما ، رغم معارضة الشركاء فى إجرائها ( محمد المنجى دعوى القسمة (ص٢٩٥) .

**وحالات القسمة القضائية** : فتنص المادة ١/٨٣٦ مدنى على أنه " إذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى

الشركاء بالحضور أمام المحكمة الجزئية . وتنص المادة ١/٤٠ من قانون الولاية على رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على انه " على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إن كانت له مصلحة فى ذلك ، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة ، والإجراءات الواجبة الاتباع ، وعلى الموصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للثبت من عدالتها . وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية..." ، وتنص المادة ٧٩ من القانون سالف الذكر على أنه " يسرى فى شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ، ما يسرى فى شأن مال القاصر من أحكام " . مما سبق يتبين ن حالات القسمة القضائية تتلخص فى حالتين :١- هى عدم اتفاق الشركاء فى المال الشائع على إجراء القسمة الاتفاقية سواء كان الاختلاف لمبدأ القسمة فى ذاته ، أو كان الاختلاف فى تحديد الأنصبة ٠ ٢- هى اتفاق جميع الشركاء فى المال الشائع على إجراء القسمة الاتفاقية لكن يوجد بينهم ناقص الأهلية أو غائب ، ولم تأذن المحكمة الموصى أو القيم أو وكيل الغائب بإجراء القسمة .

**والاعتبار الثالث** : تنقسم بإعتبار دوام أو توقيت القسمة (أى بإعتبار أبديتها من عدمه) إلى قسمين الأول قسمه نهائية والثانى قسم غيرباته . والقسمة النهائية فهى قسمة ملك لا قسمة منفعة فحسب ، وإذا تمت فإنها تدوم ولا تزول ما تزول القسمة المؤقتة ، ما لم تكن معلقة على شرط فاسخ وتحقق الشرط أو معلقة على شرط واقف وتخلف الشرط ، فإنها ى هذه الحالة تزول بأثر رجعى وتعتبر كأن لم تكن ( السنهورى ص٨٣٦) .

**أما القسمة غير الباته** : فهى التى يتفق الشركاء عليها مع تعليقها على شرط واقف أو شرط فاسخ فيجوز تعليق القسمة الاتفاقية على شرط واقف كما إذا اشترط أحد الشركاء لإتمام القسمة الاتفاقية حضوره من سفره إلى بلد يريد الانتقال إليه ، فيتوقف تمام القسمة حتى يتحقق هذا الشرط ، أو يتفق الشركاء على تعليق القسمة على ثبوت ملكية أحد أعيان المال الشائع لأحد الشركاء . كما يجوز تعليقها على شرط فاسخ ، كما إذا اشترطوا افسخ القسمة إذا تحول المال المقسوم من أرض زراعية إلى أرض للبناء خلال مدة معينة ، فإذا تحقق الشرط فسخت القسمة . فإذا

لـم تعلـق علـى شـرط ، أو اجـل ، أو إذا تحقق الشـرط الواقـف تصـبح باتـه ، أمـا إذا تحقق الشرط الفاسخ ، فإن القسمة تفسخ وتزول بأثر رجعى .

**والاعتبـار الرابـع** : تنقسـم بإعتبـار تنـاول كل أو بعض الأمـوال الشـائعة إلى قسـمين : الأول قسـمة كلية والثانى قسـمة جزئيـة : والقسـمة الكيـة هـى القسـمة التى تتناول جميع الأموال الشائعة ، فتقسمها كلها بين الشركاء ، وتقرر نصيب كل منهم فـى جميـع هـذه الأمـوال . أمـا القسـمة الجزئيـة : فهـى التـى تتنـاول مـالا مـن الأمـوال الشـائعة أو أكثـر ، وتبقـى بـاقى الأمـوال شـائعة بـين الشـركاء وهـى تكـون جزئيـة إمـا بالنظر إلى ما ترد عليها من أموال ، وإما بالنظر إلى ما يترتب عليها من إخراج بعض الشركاء ، فقط دون البعض الأخر من حالة الشيوع . ومن ثم فلها صور : الصـورة الأولـى : أن تتنـاول بعـض الأمـوال الشـائع دون الـبعض الآخـر ، فيترتـب عليهـا إفـراز جزئـى لنصـيب كـل شـريك ، ولكنـه إفـراز محـدد قاصـر علـى الأمـوال التـى شـملتها القسمة فقط ، أما الأموال الأخرى التى لم تشملها القسمة فتظل ملكيتها شائعة بين الشركاء جميعاً ( السنهورى ص١٦٤ ) الصورة الثانية : فتكون بإخراج شريك أو أكثر من حالة الشـيوع ، ويبقى بـاقى الشركاء كما كانوا ملاكا على الشـيوع لمـا تبقى بعد إفراز نصيب من تم إخراجه من حالة الشيوع . ففى هذه الصورة من القسمة الجزئية ينتهـى الشـيوع بالنسـبة لـبعض الشـركاء دون الـبعض الآخـر . الصـورة الثالثـة : تتحقـق بتقسيم الأموال الشائعة إلى قسمين أو أكثر بحيث تختص كل مجموعة من الشركاء بقسم منها شائعا بينهم وهذه الصورة الأخيرة وإن لـم يترتـب عليهـا إفـراز نصيب لكـل شريك ، أو لبعض الشركاء ، إلا أنها تفرز حقوق كل مجموعة من الشركاء عن حقوق غيرهم ويطلق عليها البعض اصطلاح (قسمة طبقات) ، أو اصطلاح (قسـمة فئـات) . (منصور مصطفى منصور ص١٨٢عزمى البكرى ص٣٩)

**والاعتبار الخامس** : تنقسم باعتبار طريقة انقضاء الشيوع إلى قسمة عينية و قسـمة نصـفية والقسـمة العينيـة هـى قسـمة الأمـوال الشـائعة عينـاً ، فيفـرز نصـيب كـل شريك فى نفس الأموال الشائعة وهذا هو أيضا الأصل فى القسـمة النهائيـة ، ويكـون الإفراز إما بطريق التجنب ، أو بطريق القرعة وقد تكون القسـمة العينيـة بمعدل ، إذا لم تتيسر إلا عن طريق أن بعض الشركاء ينال نصيبا أكبر من حصته فيدفع للشركاء

الآخرين الذين نالوا نصيباً أقل مبلغاً من النقود يعدل أنصبتهم فتكون معادلة لحصصهم ، أما إذا أمكنت قسمة المال الشائع بحيث ينال كل شريك نصيباً مفرزاً من نفس هذا المال يساوى حصته الشائعة ، كانت هذه القسمة هى القسمة العينية بغير معدل ، وقد لا تمكن القسمة العينية حتى مع المعدل فلا يكون هناك إذن سبيل لقسمة المال الشائع إلا عن طريق التصفية . بيع المال الشائع فى المزاد ، وقسمة منه بين الشركاء بنسبة حصصهم الشائعة ، وهى صورة احتياطية لصورة القسمة العينية – القسمة الأصلية – فحينما تتعذر القسمة العينية يطرح الشئ الشائع فى المزاد لبيعه وتقسيم ثمنه . وهنا لا يخلو الأمر من أحد فرضين : ١– أن يتفق الشركاء على أن ينحصر المزاد فيهم ، وهذا حقهم عملا بالمادة ٨٤١ مدنى ، وفى هذه الحالة يرسو المزاد بالضرورة على واحد منهم ، ويكون رسو المزاد قسمة بطريق التصفية . ٢– ألا يتفق الشركاء على أن ينحصر المزاد فيهم ، وفى هذا الفرض احتمالين : الأول : أن يرسو المزاد على أحد الشركاء ، ويعتبر هذا الرسو قسمة بطريق التصفية . الثانى : أن يرسو على أجنبى ، وحينئذ يعتبر رسو المزاد بيعا صدر من جميع الشركاء إلى هذا الأجنبي (حسن كيرة ص٤٤١ ، السنهورى ص٨٩٠) وعلى قسمة التصفية : نصت المادة ٨٤١ على ما يلى : " إذا لم تمكن القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نفس كبير فى قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطريق المبينة فى قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع .

*وتنص المادة ٨٣٥ مدني على أن " للشركاء إذا انعقد إجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها ، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون " .*

- **القسمة الاتفاقية** :

والقسمة الرضائية أو الاتفاقية هى عقد يلزم لإبرامه إجماع الشركاء ، ويتحدد نطاقها وفقا لما يتم الاتفاق عليه ، فقد تكون القسمة شاملة كل المال الشائع ، فينقضى الشيوع ، وقد تشمل بعض هذا المال ، فيظل الباقى مشاعا بين الشركاء جميعا ، وبالتالى يخضع لكافة أحكام الشيوع من حيث إدارته أو التصرف فيه أو قسمته ، وقد يجنب الشركاء نصيب أحدهم فيخرج من الشيوع .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " الأصل فى انتقال الملكية للورثة أنها تنتقل شائعة بينهم حتى تتم القسمة وعندئذ يعتبر المتقاسم فيما كان محلا للقسمة ، وعلى ما تقضى به المادة ٨٤٣ من القانون المدنى ، مالكا للحصة التى آلت إليه من وقت أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها فى بقية الحصص وبذلك يظل ما لم يدخل القسمة من المال الشائع على حالة شائعا بين الورثة ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجهل ملكية المال الشائع والذى لم تشمله القسمة قاصرة على من حصل من المتقاسمين على نصيب يقل عن نصيبه الميراثى دون أن يفصح عن سبب ذلك مع أن حصول أحد المتقاسمين على أقل من نصيبه الشرعى لا يقتضى بطريق اللزوم اعتباره مالكاً لما ما لم تشمله القسمة من أعيان التركة ، فإنه يكون معيبا بالقصور " (نقض ١٩٧٥/٣/٣٠ طعن ٢٨٢ س ٢٠ق)

والقسمة الرضائية أو الاتفاقية عقد يلزم نفاذه وترتيب آثاره بانقضاء الشيوع ، إجماع الشركاء ، وتوقيعهم جميعا عليه ، فلا يكفى لذلك توافر أغلبية معينة وإنما يلزم إجماع الشركاء ، فإن رفض أحدهم القسمة أو وافق عليها ولكنه أمتنع عن التوقيع على العقد ، فإن القسمة لا تتم ما لم يثبت الشركاء موافقة الشريك الممتنع على إجرائها وفقا للقواعد العامة المقررة فى الإثبات .

فالأصل فى القسمة الرضائية ، أن يتفق جميع الشركاء عليها وأن يوقعوا على عقدها فور إبرامها ، لكن لا يوجد ما يحول دون إرجاء توقيع العقد من بعض المتقاسمين ، بحيث يكون لهم هذا الحق عندما يرغبون فى إقرار القسمة ، دون أن يكون لمن قام بالتوقيع الحق فى التحلل من القيمة أو العدل عنها بحجة عدم توقيع البعض على عقدها فور إبرامه ، ولما كان حق إقرار القسمة والتوقيع على عقدها ليس لصيقا بشخص من لم يوقع ، فإن هذا الحق ينتقل إلى ورثته من بعدها ، بحيث إذا قاموا بالتوقيع نفذت القسمة فى حق الجميع ، وجاز لأى متقاسم رفع دعوى بصحة ونفاذ عقد القسمة وهو ما يطلب لقبولها تسجيل صحيفتها عملا بالمادة ١٢٦ مكرراً من قانون المرافعات ، لأن عقد القسمة الذى لا يتطلب تسجيلا لنفاذه فيما بين الشركاء ، هو العقد الذى لا ترفع دعوى بصحته ونفاذه ، وإنما يقوم الشركاء جميعا بتنفيذه فإذا أبرم عقد القسمة بين بعض الشركاء فقط ، دون أن يشارك فيه

البعض الآخر ، وبالتالى لم يكن هذا البعض طرفا فى العقد ، فإن القسمة لا تقع حتى لو انحصرت فى قدر يعادل نصيب من أبرموا العقد ، ولكن شمل العقد إيجابا موجها من الآخرين إلى من لم يكونا طرفا فيه ، فإذا قبلوا القسمة ، نفذت فى حق الجميع ، ويكون العقد فى هذه الحالة معلقا على شرط واقف هو تحقق هذا القبول ، كما ينتقل هذا الحق الورثة من لم يكن طرفا قى العقد ، ويقتضى ذلك ، ان يكون العقد قد تضمن قسمة لجميع المال الشائع وحدد جزءا مفرزا لكل شريك ، وإلا لزم تحرير عقد قسمة جديد أو ملحق للعقد السابق يرتضيه جميع الشركاء ويوقعون عليه.

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " النص فى المادة ٨٣٥ من القانون المدنى على أن للشركاء ذا العقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها مؤداها أن القسمة التى لا يجمع عليها الشركاء لا يترتب عليها إنهاء حالة الشيوع إلا أن عقد القسمة الذى يوقعه بغض الشركاء – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا يعتبر باطلا لعدم توقيعه من جميع الشركاء وهو إن كان لا يصح للاحتجاج به على من لم يوقعه إلا أنه يعتبر ملوما لكل من وقعه ولا يجوز لأحد نهم التحلل من التزاماته بحجة أحد الشركاء عن التوقيع ويظل العقد قائما وللشريك الذى لم يوقعه الحق فى إقراره متى شاء فينصرف أثره إليه " (نقض ١٩٨٨/٤/٢١ طعن ٢٧٤ س٥٣ق ، ١٩٩٢/٢/٢٠ طعن ٢٧٣٠ س ٥٧ق ) وبأنه " المقرر أن عدم نفاذ عقد القسمة فى حق الشريك المشتاع الذى لم يوقع عليه لا يتعلق بالنظام العام وإنما يكون التمسك بعدم نفاذه للشريك الذى لم يوقعه أو لخلفه "(نقض ١٩٨٧/٦/٢٥ طعن ٧٣١ س ٥٣ق ) . وبأنه " عقد القسمة النهائية الذى يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلا لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يعتبر ملزما كل من وقعه ولا يجوز لاحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن توقيع العقد ، بل يظل العقد قائما وللشريك الذى لم يوقعه أن يقره متى شاء – وحق الشريك الذى لم يوقع العقد فى إقراره هذا العقد يظل قائما ما بقيت حالة الشيوع ويكون لورثته من بعده ، إذ عقد القسمة ليس من العقود التى لشخصية عاقديها اعتبار فى إبرامها لأنها لو لم تتم بالرضا جاز إجراؤها قضاء ، ولا يحول دون مباشرة الورثة هذا الحق كون العقد الذى لم يوقعه أحد الشركاء ممن خص بنصيب مفرز فه

يعتبر بمثابة إيجاب موجه إلى ذلك الشريك فلا خلافه فيه ، إذ هو فى قصد من وقعه إيجاب لا لشخص الشريك الآخر بالذات بل لكل من يملك نصيبه ، فلا ينقضى بوفاة الشريك – فالحكم الذى يقضى برفض دعوى صحة ونفاذ عقد قسمة لم يتخلف عن توقيعه من الشركاء الأصليين سوى واحد فوقعه ورثته ، مستنداً فى ذلك إلى أن أحد موقعى العقد يحق له أن يتحدى بعدم توقيع أحد الشركاء وأن يعتبر العقد غير ملزم له الوفاة هذا الشريك دون توقيعه ولأن ورثته لا يستطيعون قبول لعقد بعد وفاته – هذا الحكم يكون مخالفا للقانون "( نقض ١٩٥٠/٢/٢٣ طعن ١٠٦ س١٨ ق) وبأنه " عقد القسمة النهائية الذى يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلاً لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يعتبر ملزما كل من وعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن التوقيع بل يظل العقد قائما وللشرك الذى لم يوقعه أن يقره متى شاء " (نقض ١٩٥٥/٥/١٩ طعن ٧٨ س ٢٢ ق) وبأنه " وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن نص المادة ٨٣٥ من القانون المدنى على أن الشركاء إذا انعقد إجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها ..." مؤداه أن القسمة التى لا يجمع عليها الشركاء لا يترتب عليها إنهاء حالة الشيوع إلا أن عقد القسمة الذى يوقعه بعضهم – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا يعتبر باطلا وهو وإن كان لا يصلح للاحتجاج به على من لم يوقعه إلا انه يعتبر ملزما لكل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن التوقيع ويظل العقد قائما وللشريك الذى لم يوقعه الحق فى إقراره متى شاء ويكون ذلك لورثته من بعده .. ( طعن رقم ٢٤٦١ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٣/٢٩) .

- **القسمة المعلقة على شرط واقف أو فاسخ** :

القسمة عقد كسائر العقود ، ومن ثم يجوز تعليق القسمة على شرط واقف أو شرط فاسخ ، ومن أمثلته تعليق القسمة على شرط واقف اتفاق الشركاء على تعليق القسمة على ثبوت ملكية أحد أعيان المال الشائع لأحد الشركاء .

ومن أمثلة تعليق القسمة على شرط فاسخ اتفاق الشركاء على انفساخ القسمة إذا استحق جزء ن أعيان المال الشائع ، أو كان يعلقوا القسمة على تحول المال الشائع

من أرض زراعية إلى أرض بناء خلال فترة معينة . والأصل أن يحصل الاتفاق على القسمة صراحة بين الشركاء ولكن قد يستخلص إنفاقهم عليها كذلك ضمنا وهو ما يعرف عادة باسم القسمة الفعلية .

- **القسمة الضمنية أو الفعلية** :

قد يستخلص الاتفاق الضمنى على القسمة من ظروف الواقع وما تفيده من قيام قسمة فعلية ، ومن قبيل ذلك الصورة التى جلتها محكمة النقض من أن يتصرف أحد الشركاء المشتاعين فى جزء مفرز من الشئ الشائع يعادل حصته ، ثم ينهج سائر الشركاء نهجه فيتصرف كل منهم فى جزء مفرز آخر مستقل يعادل حصته ، فيستخلص من تصرفاتهم المستقلة ضمنا أنهم ارتضوا جميعا قسمة الشئ الشائع فيما بينهم على النحو الذى تصرفوا بمقتضاه بحيث يعتبر الجزء المفرز الذى سبق لكل منهم أن تصرف فيه هو النصيب المقسوم له (حسن كيرة ص٢٠٤) إذن فيجب لتحقق القسمة الفعلية أن يتصرف جميع الشركاء ، كل فى حصة مفرزة تعادل حصته ، إذ ينقضى الشيوع بهذا الإفراز ، ومفاد ذلك أ الشيوع لا ينقضى إذا تصرف كل شريك فى حصته شائعة ، أو تصرف فيها مفرزة دون موافقة باقى الشركاء ، إذ يعتبر التصرف فى الحالة الأخيرة وارداً على حصة شائعة بالنسبة لباقى الشركاء طالما لم تتوالى تصرفات باقى الشركاء كل لحصة مفرزة تعادل حصته .

كذلك لا ينقضى الشيوع يتصرف كل شريك فى حصة مفرزة تجاوز حصته فى المال الشائع ، إذ لا تتوافر القسمة الاتفاقية فى هذه الحالة ، مما يوجب الالتجاء للقسمة القضائية وتصفية المنازعات على ملكية كل شريك . وإذا وضع كل شريك يده على جزء مفرز يعادل حصته ، ولم يتصرف أحد فى الجزء الذى وضع يده عليه ، أو تصرف البغض دون البعض الآخر ، لا تتوافر بذلك مقومات القسمة الفعلية ، لكن إذا استمر وضع اليد مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة وفقا للفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من القانون المدنى.

والقسمة الفعلية التى تستند إلى تصرف كل شريك فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ، لا تتم لا من تاريخ خر تصرف ، وتقدر قيمة المال لذى

وردت عليه تلك القسمة بوقت إبرام هذا التصرف ، ويكفى فى تسجيلها تسجيل كل تصرف على حدة . (أنور طلبه ص٤٨)

وواضح أن القسمة الضمنية ما دامت مؤسسة على الإدارة ، فالأصل هو خضوعها لأحكام القسمة الاتفاقية الصريحة ، إلا ما يتعارض من هذه الأحكام مع صفتها الضمنية أو الواقعية .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " القسمة الفعلية لا تتحقق إلا إذا تصرف أحد الملاك المشتاعين فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته وينهج نهجة سائر الشركاء بما يفيد رضاءهم ضمنا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذى تصرفوا على مقتضاه ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذى سبق له أن تصرف فيه " (نقض ١٩٨١/٣/١٨ طعن ٨٨١ س ٤٥ق ) وبأنه " القسمة الفعلية تتحقق فى صورة ما إذا تصرف أحد الملاك المشتاعين فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ، ثم ينهج نهجة سائر الشركاء ويستخلص من تصرفاتهم هذه ضمنا أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذى تصرفوا على مقتضاه ، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذى سبق له أن تصرف فيه ، وغذا كان الثابت ن الحكم المطعون فيه أن التصرفات التى تمت بعد صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ لم يقم بها الشركاء جميعا فى الأعيان التى كانت موقوفة وإنما صدرت من بعضهم دون البعض الآخر ، فأنه لا يتوافر بها حصول قسمة فعلية بين هؤلاء الشركاء " (نقض ١٩٧١/١/٢٦ طعن ٢٩٣ س٣٦ ق ، نقض ١٩٨٦/٦/١٢ طعن ٤٨٢ س ٥٣ق) وبأنه " القسمة الفعلية – وعلى ما جرى به فضاء محكمة النقض – تتحقق فى صورة ما إذا تصرف أحد الملاك المشتاعين فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ثم ينهج نهجه سائر الشركاء ويتصرف كل منهم فى جزء مفرز يعادل حصته فى المال الشائع ، فيستخلص من تصرفاتهم هذه ضمنا انهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذى تصرفوا على مقتضاه ، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذى سبق له أن تصرف فيه ويعتبر المتقاسم طبقا لما تقضى به المادة ٨٤٣ من القانون المدنى مالكا وحده للحصة المفرزة التى آلت إليه من وقت أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها فى بقية الحصص " (نقض ١٩٧٥/٢/٢٥ طعن ١١ س٤٠ق)

**كما قضت محكمة النقض بأن** " القسمة الفعلية تتحقق إذا تصرف أحد الملاك المشتاعين فى جزء من المال يعادل حصته ، وينهج سائر الشركاء ، بما يفيد رضاءهم ضمنا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذى تصرفوا على مقتضاه ، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذى سبق أن تصرف فيه ( نقض ١٩٩١/٧/١٧ طعن ٢٤٩٨ س ٥٧ق) وبأنه " وإذا طلب أحد الورثة تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا وتبينت المحكمة من تقرير الخبير الذى ندب فى الدعوى أن بعد أن تصرف أحد الورثة فى جزء محدد من الأطيان المتخلفه عن المورث تصرف سائرهم بالبيع فى أنصبتهم محددة كذلك وتسلم المشترون منهم ما اشتروه ووضعوا اليد عليه محددا وأصبحوا هم جميعا لا يملكون شيئا فى هذه الطيان ثم رأت أن تصرف سائر الورثة على هذه الصورة فيه أجازة لما تصرف فيه ذلك الوارث وأن هذا التصرف وقع صحيحا لأنه كان فى حدود القدر الذى يملكه بالميراث ولذلك قضت برفض الدعوى ، فقضاؤها سليم ولا يمنع من صحة هذا النظر أن يكون تصرف من عدا الوارث الأول لاحقا لتصرفه ، لأن تصرفه هذا ما كان ليرغمهم على ثبوله ، بل لقد كان لهم حق الاعتراض قانونا ، وماداموا هم قد تابعوه وتصرفوا فى أنصبتهم على التحديد كما فعل هو فإن تصرفهم هذا يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التى تمت بفهل جميع الورثة على السواء ( نقض ١٩٤٤/١٢/٢١ ج ٢ فى ٢٥ سنة ص٨٨٦) وبأنه " إذا كان الحكم قد استظهر مما استعرضه من التصرفات الصادرة من الورثة فى أوقات مختلفة ، ومما ذكره بعضهم فى عقد صادر منه ببيع بعض ما اختص به من أنه يملك القدر المبيع بمضى المدة الطويلة استظهر من ذلك أن الورثة اقتسموا الأرض المخلفة عن مورثهم ، وأن كل واحد منهم وضع يده على حصة مفرزة من التركة بصفته مالكا المدة المكسبة للملكية ، ثم رتب على القسمة التى قال بها ، ولو ا،ها لم تكن بعقد مسجل ، نتائجها القانونية فى حق الغير ، فلم يعول علي ما كان من أحد الورثة من رهنه إلى أحد دائنيه أرضت شائعة لا يملك منها شيئا بمقتضى القسمة ، فإنه لا يكون قد خالف القانون ى شئ ( طعن رقم ٢٢ لسنة ١٢ ق – جلسة ١٩٤٢/١٢/٢٤) وبأنه " إذا قضت المحكمة لبعض الملاك المشتاعين بملكية بعض الأعيان المشتركة مفرزة ، وبنت حكمها على أن كلا منهم قد استقل

بوضع يده على جزء معين من الملك الشائع حتى تملكه بمضى المدة مستدلة على ذلك بالبينة والقرائن فهذا الحكم لا يعتبر مؤسسا على التقرير بوقوع تعاقد على قسمة بين الشركاء ، ولذلك لا يصح النعى عليه أنه قد خالف القانون إذ هو لم يستند إلى دليل كتابى على القسمة "( طعن رق ٤٢ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/٤/٤ ) وبأنه " حالة الشيوع بين الشركاء لا تنتهى إلا باتجاه إرادتهم جميعا إلى قسمة المال قسمة نهائية ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قرر عدم حصول قسمة فى العقار المشوع به قد أقام قضاءه على ما حصلته المحكمة تحصيلا سائغا من أن الأعمال المادية التى أثبتها خبير الدعوى – استحداث مبان بالمنزل – غر قاطعة فى إفادة هذا المعنى ووجدت فى تقرير الخبير وأوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها دون حاجة إلى الإستعانة برأى خبير آخر فإن النعى على الحكم بالقصور فى التسبيب استنادا إلى أنه لم يرد على المطاعن التى وجهها الطاعن إلى الخبير وإلى أعماله ولأنه مسخ محضر مناقشة الخبير هذا النعى يكون فى غير محله "( طعن رقم ٢٩ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/٥/٣١ )

**كما قضت بأن** " لكل من الشركاء على الشيوع حق تأجير المال الشائع كله أو بعضه من غير أن يعتبر ذلك دليلا على حصول قسمة هذا المال ، وإذن فمتى كان الطاعن فى مقام الإستدلال على حصول قسمة العقار المشفوع به قد تمك بأن المطعون عليه الأول قد عرض على مجلس المديرية تأجير قسم مفرز معادل لنصيبه من هذا المنزل غير مجاور للمنزل المشفوع فيه واستدل على ذلك بما ورد بمحضر انتقال المحكمة إلى هذا المجلس ، وكان الثابت من هذا المحضر أنه وإن كان المنزل الذى عرض المطعون عليه الأول تأجيره على المجلس معادلا لنصيبه فى العقار المشفوع به إلا أنه لا يوجد فى الأوراق ما يفيد وجود حدود له ولا حصول قسمة بين الورثة ، وكان الحكم المطعون فيه قد قرر أنه لا يمكن من الإطلاع على محضر الإنتقال معرة ما إذا كان المبنى المجاور للمنزل المشفوع استنادا إلى أنه مسخ الانتقال فيما استنتجه منه يكون على غير أساس متى كان طلب التأجير اليا من بيان حدود العقار المراد تأجيره أو ما يفيد حصول قسمة المنزل " ( طعن رقم ٢٩ لسنة ١٩ق – جلسة ١٩٥١/٥/٣١ ) وبأنه " على أنه إذا كان مرمى دفاع الطاعن

الذى أبداه أمام محكمة الموضوع هو حصول قسمة فعلية مما يجوز إثباتها بالبينة فإن الحكم المطعون فيه قد نفى أية قسمة اتفاقية بين جميع الورثة بقوله " وينقض هذا الدفاع أن اخ المستأنف عبد الحميد عبد الرازق سبق أن رفع على المستأنف ( الطاعن ) فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ الدعوى ٣١٧ سنة ١٩٤٩ مدنى كلى المنصورة يطلب فيها نقس طلبات المستأنف عليهم (المطعون ضدهم) فى الدعوى الحالية وفضى له ابتدائيا ببطلان عقد البيع المسجل فى أول مارس سنة ١٩٤٤ وانتهت الدعوى صلحا فى الإستئناف الأمر الذى يدل على أن إخوة المستأنف بمجرد وفاة والدهم لم يرتضوا نفاذ هذا العقد المسجل بالنسبة لهم " وهذا الذى قرره الحكم المطعون فيه يفيد أن المحكمة رأت فى أوراق العوى والأدلة المقدمة فيها ما يكفى لتكوين عقيدتها بعدم حصزل أية قسمة اتفاقية بين جميع الورثة وعدم رضائهم بنفاذ عقد الطاعن وذلك بغير حاجة لإجراء التحقيق الذى طلبه الطاعن وهذا من حق محكمة الموضوع " ( طعن رقم ١٥١ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٠)

- **القسمة وسترها للهبة** :

وعقد القسمة كسائر العقود قد يتضمن سترا لهبة يبرمها مالك المال مع غير مالك يدعى أنه شريك معه فيه ويقتسم معه هذا المال دون توافر السبب الذى يتطلبه القانون لصحة عقد القسمة . (أنور طلبه ٤٨٣)

**وقد فضت محكمة النقض بأن** " إذ كان من المقرر ان عقد القسمة ينعقد بين الشركاء فى ملكية المال الشائع ومحله المال المملوك ملكية شائعة بين الجميع وهو من العقود التبادلية التى تتقابل فيها الحقوق ، وكان المطعون عليهما الأول والثانى لا يملكان فى مال مورث الطاعنين – الثلاثة أفدنة التى اشتراها من المطعون عليه الأخير شيئا ، فإن اقتسام هذا القدر لا تتوافر فيه شرائطه المقررة فى القانون لعقد القسمة ، وكان مؤدى ذلك أن مورث الطاعنين يكون قد تنازل عن ماله لاخوته بدخوله فى عقد القسمة دون مقابل مما يجعل العقد هبه مستورة ى عقد قسمة فقد شروطه القانونية ولو تتم – بإعتبارها هبة – فى ورة رسمية فتقع باطلة طبقا لنص المادة ٤٨٨ من القانون المدنى ، هذا إلى أنه يطون قد تنازل بموجب هذه القسمة

عن مال لاخوته دون سبب مما يفقد العقد ركنا من أركانه ويضحى التزامه فيه باطلا بطلانا مطلقا طبقا لنص المادة ١٣٦ من القانون المدنى " (نقض ١٩٨٠/٦/١٠ طعن ١٧١٤ س ٤٨ق)

- **القسمة الإتفاقية فى حالة وجود ناقص أهلية** :

إذا كان بين المتقاسمين ناقص أهلية كقاصر أو محجور عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة أو كان بينهم غائب ، وجب الالتزام بأحكام المادتين ٤٠ ، ٧٩ من قانون الولاية على المال ، فيلزم استئذان المحكمة في القسمة الرضائية فإن وجدتها في مصلحة ناقص الأهلية عينت الأسس التي تجري القسمة وفقا لها ، ومن ثم يكون لنائب ناقص الأهلية إتمام مشروع القسمة ليعرضه على ذات المحكمة فإن وجدتها عادلة وروعيت فيها الأسس التي استلزمها أمرت بنفاذها وإلا رفضتها وأوجبت القسمة القضائية ، أما بالنسبة للولى ، فإن كان أبا فله إجراء القسمة بدون الرجوع إلى المحكمة إذ لم يورد القانون قيودا عليه فيها ، أما الجد ، فإن اعتبرت القسمة من أعمال التصرف ، وهذا هو الراجح ، فيلزم استئذان المحكمة وفقا للمادة ١٥ من قانون الولاية على المال ، أما إن اعتبرت من أعمال الإدارة فلا يلزم الإذن .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " النص في المادة ٨٣٥ من القانون المدني على أنه " للشركاء ، إذا انعقد إجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها ، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون" ، وفي المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن " يقوم الولى على رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون " ، وفي المادة ٤٠ منه على أن " على الوصى أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي ...." ، يدل مع خلو نصوص هذا القانون من قيد مماثل بالمسبة للولى في مجال القسمة ، على أن يجري القسمة بالتراضي عن أولاده القصر دون حاجة لاستئذان محكمة الأحوال الشخصية أو الحصول على موافقتها على مشروع تلك القسمة " (نقض ١٩٨٥/١١/٦ طعن ٧٠٢ س٥١ق) وبأنه " والملاحظ أن إجراء القسمة بالتراضي جائز ولو كان يبين بين الشركاء من هو ناقص الأهلية على أن يحصل الوصى أو القيم على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه وعلى أن

تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذا في حق ناقص الأهلية ، وإذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن في حكمه حتى لا يتعاقد الوصى أو القيم على تصرف ليس له في الأصل أن يستقل به ، فإن هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذي يكون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصرا أو عند رفع الحجر عليه إن كان محجورا عليه بالتنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير إتباع هذه الإجراءات " (نقض ١٩٦٤/١/٢٣ س١٥ ص١٢٩) وبأنه "وأن البطلان المترتب على عدم إتباع الإجراءات الواجب إتباعها بالنسبة للشركاء القصر في عقد القسمة هو بطلان نسبي لا يحق لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به " (نقض ١٩٦٩/١١/٦ طعن ٣٧٤ س٣٥ق) وبأنه " وقد حظرت المادة ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ – في شأن الولاية على المال – على الوصى إجراء القسمة بغير الحصول على إذن من محكمة الأحوال الشخصية فإذا لم يصدر هذا الإذن امتنع الاحتجاج بعقد القسمة على القصر ، ولما كان الأمر يتعلق بمصلحة هؤلاء القصر وحمايتهم فإن قول الحكم بأنه ليس للوصى أن يستفيد من تقصيره في تنفيذ تعهده بالحصول على هذا الإذن لا يصادف محلا ولا يصلح ردا على دفاع الطاعنين بعدم جواز الاحتجاج بعقد القسمة على القصر منهم . (نقض ١٩٦٦/٥/١٢ طعن ٣٠٤ س٣٢ق) وبأنه " عقد القسمة من العقود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق ، ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ومن ثم فإذا كان أحد أطرافها قاصرا فإن عقد القسمة يكون قابلا للإبطال لمصلحته ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازته التصرف بعد بلوغه سن الرشد " (نقض ١٩٦٢/٥/٣ طعن ٤٤٩ ص٢٦ق)

فيتضح مما تقدم ، أنه يلزم لنفاذ عقد قسمة المال الشائع ، أن ينعقد إجماع الشركاء على إجراء تلك القسمة ، وأنه إذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون عملا بالمادة ٨٣٥ من القانون المدني ، فإن كانت القسمة قضائية ، وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا وذلك وفقا لما يقرره القانون عملا بالمادة ٨٤٠ من ذات القانون .

- **الإجراءات الواجب إتباعها عند إجراء القسمة في حالة وجود ناقص أهلية بين الشركاء :**

يقصد بناقص الأهلية ، كل من لم يبلغ سن السابعة أو كان فاقد التمييز لعته أو جنون ، وتنص المادة (٤٥) مدني ، على أنه " ١- لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية ، من كان فاقد التمييز ، لصغر في السن ، أو عته ، أو جنون . ٢- وكل من لم يبلغ السابعة ، يعتبر فاقد التمييز " ، وتنص المادة (٤٦) مدني على أنه "كل من بلغ سن التمييز ، ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون " ، وتنص أيضا المادة (٤٧) مدني على أنه " يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها – بحسب الأحوال – لأحكام الولاية على المال ، أو الوصاية ، أو القوامة ، بالشوط ووفقا للقواعد المقررة في القانون " ، ويبين من هذه المواد أن المقصود بناقص الأهلية ، القاصر ، والمحجور عليه لجنون ، أو عته ، أو غفلة ، أو سفه ، أو الغائب ، ويقصد بالقاصر كل من لم يبلغ سن الرشد القانوني ، وهى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (المواد الأولى من قانون المحاكم الحسبية ١٩٤٧/٩٩ ، و٤٤ من القانون المدني ، ١٨ من قانون الولاية على المال ١٩٥٢/١١٩)

ويقصد بالمحجور عليه لجنون ، أو غفلة ، أو سفه ، أو عته ، كل من يلغ سن الرشد وكان مصابا بعاهة في عقله ، فيفقد التمييز ويفقد معه الأهلية ، الأمر الذي يؤدي إلى فرض الحجر عليه قانونا ، بمنعه من التصرف في ماله أو إدارته ، بسبب الآفة في عقله أو لضعف في ملكاته النفسية الضابطة ، وتنص المادة (٨٣٥) مدني على أنه " للشركاء إذا انعقد إجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها ، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون " .

ويتضح من هذه المادة أنها قد أوجبت إتباع الإجراءات التي يفرضها القانون ، في حالة وجود أحد الشركاء ناقص الأهلية ، من بين الشركاء على الشيوع طالبي تسجيل عقد القسمة الرضائية للمال الشائع ، لكن هذه المادة لم تحدد ذلك القانون الذي يجب إتباعه . ولا شك أن القانون الذي يجب إتباعه في هذه الحالة ،

هو المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال ، وذلك باعتبار أنه القانون الذي ينص على الأحكام المنظمة لرعاية حقوق ناقصي الأهلية . (م ٤٧ مدني) وقد قصد المشرع من الإجراءات التي تضمنها قانون الولاية على المال ، حماية حقوق ناقصي الأهلية عند إجراء القسمة الرضائية ، حيث اعتبرها من أعمال الإدارة المعتادة التي يستقل بها الوصي ، وذلك على النحو الذي سوف نراه في المادتين ٤٠ ، ٧٩ من قانون الولاية على المال .

وتنص المادة (٤٠) من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه " ١- على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي ، إذا كانت له مصلحة في ذلك ، فإذا أذنت المحكمة ، عينت الأسس التي تجري عليها القسمة والإجراءات الواجبة الإتباع ، وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها . وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية . ٢- وفي حالة القسمة القضائية ، تصدق المحكمة الابتدائية التي تتبعها محكمة القسمة ، على قسمة الأموال إلى حصص . ٣- وبهذه المحكمة – عند الاقتضاء – أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم في جلسة تحدد لذلك . ٤- وإذا رفضت التصديق ، تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص ، على الأسس التي تراها صالحة ، بعد دعوة الخصوم . ٥- ويقوم مقام التصديق الحكم الذي تصدره المحكمة ، بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص " .

فيتضح من هذه المادة أنها أوجبت على الوصي أن يستأذن المحكمة في إجراء القسمة الرضائية ، إذا كانت له مصلحة في ذلك ، والمقصود بالمحكمة هنا محكمة الأسرة ، التي أصبحت تختص – دون غيرها – بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية ، التي نعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية ، طبقا لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية .

أما إذا كان الوصي يرى أنه لا مصلحة للقاصر في إجراء القسمة الرضائية ، لكونها ضارة به ، فإنه يملك – باعتباره أمينا على رعايتها (م٣٦ من قانون الولاية على المال) – أن يرفض من تلقاء نفسه إجراء تلك القسمة ، وبالتالي لا تكون هناك ثمة حاجة للجوء الوصي الى محكمة الأسرة .

وتنص المادة (٧٩) من ذات القانون على أنه " يسري في شأت قسمة مال الغائب والمحجور عليه ، ما يسري في شأن قسمة مال القاصر من أحكام " .

فيتضح أن الأحكام التي تسري على الوصى في شأن القسمة الرضائية لأموال القاصر – من وجوب استئذان الوصى محكمة الأسرة في إجراء تلك القسمة ، إذا كانت له مصلحة في ذلك – هذه الأحكام تسري كذلك على القيم على المحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، وعلى وكيل الغائب .

وتنص المادة (٤) من قانون الولاية على المال على أنه " يقوم الولى على رعاية أموال القاصر ، وله إدارتها وولاية التصرف فيها ، مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون " .

يتضح من هذه المادة أنها أطلقت يد الولى الطبيعي إذا كان هو الأب ، في التصرف في مال القاصر ، ما عدا بعض القيود ، ليس من ضمنها القسمة الرضائية لأموال القاصر ، وبناء عليه لا يسري في حق الأب الالتزام باستئذان محكمة الأسرة في القسمة الرضائية لأموال ناقص الأهلية المنصوص عليه في المادتين ٨٣٥ مدني ، ٤٠ ولاية على المال .

وتنص المادة (١٥) من القانون على أنه " " لا يجوز للجد – بغير إذن المحكمة – التصرف في مال القاصر ، ولا الصلح عليه ، ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها " فالمقرر في فقه الحنفية أن الولاية على مال ناقصي الأهلية وهم : القاصر ، والمحجور عليه بسبب الجنون ، أو العته ، أو الغفلة ، أو السفه ، أو الغائب ، تثبت لستة أشخاص هم : الأب ، ثم وصيه ، الجد الصحيح وهو أبو الأب مهما علا ، ثم وصيه ، القاضي ، وأخيرا من يقيمه القاضي وصيا ، وهؤلاء الأشخاص الذين تكون لهم الولاية على مال ناقصي الأهلية ليسوا في درجة واحدة في ثبوت الولاية لهم ، بل هم مرتبون في ثبوتها لهم بالترتيب السالف ، ويبين من هذه المادة أنها قيدت يد الولى الطبيعي – إذا كان هو الجد الصحيح – في التصرف في أموال القاصر أو الصلح عليها أو التنازل عن التأمينات أو إضعافها ، ويترتب على ذلك أنه يسري في حق الجد الصحيح الالتزام باستئذان محكمة الأسرة في القسمة الرضائية لأموال ناقص الأهلية المنصوص عليه في المادتين ٨٣٥ مدني ، ٤٠ ولاية على المال .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " الصبى المميز ليست له أهلية التصرف في أمواله . مؤداه . عدم جواز التصالح على حقوقه إلا بواسطة الأب . شرطه . استئذان المحكمة إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو أوراق مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه (م٧ ق١١٩ لسنة ١٩٥٢) وبانه " يدل نص المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال ، على أن الصبى المميز ليست له في الأصل أهلية التصرف في أمواله ، فلا يملك الصلح على الحقوق ، إلا أنه يجوز لوليه إذا كان هو الأب – أن يصالح على حقوقه ، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة ، إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو أوراق مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه " (نقض مدني ١٩٩٠/٢/٧ مجموعة محكمة النقض ٤١-٤٦٥-٨١) وبأنه " للولى الأب أن يصالح على حقوق القاصر . وجوب حصوله على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو أوراقا مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه . له دون إذن قبض المستحق للقاصر . (م٧ ق١١٩ لسنة ١٩٥٢) وبأنه " النص في المادة السابعة من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أنه " لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية ، إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة ، ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن ، إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة . يدل على أنه يجوز للولى الطبيعي – إذا كان هو الأب – أن يصالح على حقوق القاصر ، لكن يجب الحصول على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو أوراقا مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه ، وأن له دون إذن قبض المستحق للقاصر" ( نقض مدني ١٩٦٦/٣/١٢ مجموعة محكمة النقض ٤٧-١-٤٦٠-٨٩) وبأنه " النص في المادة ٨٣٥ من القانون المدني ، على أنه " للشركاء – إذا انعقد إجماعهم – أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها . فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون " ، وفي المادة الرابعة على أن " يقوم الولى على رعاية أموال القاصر ، وله إدارتها والتصرف فيها ، مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون " ،

وفي المادة ٤٠ منه على أن " على الوصى أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي ....." . يدل – مع خلو نصوص هذا القانون من قيد مماثل بالنسبة للولى في مجال القسمة – على أن يجري القسمة بالتراضي عن أولاده القصر ، دون حاجة لاستئذان محكمة الأحوال الشخصية ، أو الحصول على موافقتها على مشروع تلك القسمة" (نقض مدني ١٩٨٥/١١/٦ مجموعة محكمة النقض ٢٦-٢-٩٧٠-٢٠١)

- **سلطة محكمة الأسرة في الإذن بإجراء القسمة الرضائية** :

تنص المادة (٤٠) من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، على أنه " على الوصى أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي ، إذا كانت له مصلحة في ذلك . فإذا أذنت المحكمة ، عينت الأسس التي تجري عليها القسمة والإجراءات الواجبة الإتباع ، وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبيت من عدالتها . وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ القسمة القضائية "

- **حافظة المستندات المرفقة بطلب التسجيل** :

يجب على طالب تسجيل عقد القسمة الرضائية أن يرفق بطلبه حافظة مستندات ، تشتمل على ثلاثة عناصر من المستندات هى:

(١) **عقد القسمة الرضائية** : من الأوراق التي يمكن أن تتضمنها حافظة المستندات المرفقة بطلب تسجيل عقد القسمة الرضائية ، عقد القسمة الرضائية ذاته . وعقد القسمة الرضائية هو الذي يتضمن إجماع الشركاء فيه ، على أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها . وهى تؤدي الى إفراز نصيب كل شريك في المال الشائع ، وهذا هو الأصل . (م ٨٣٥ مدني) فلابد من موافقة جميع الشركاء المشتاعين على إجراء القسمة الرضائية . وقد عبر المشرع عن هذا الشرك بانعقاد إجماع الشركاء ، على أن يقتسموا المال الشائع (م ٨٣٥ مدني) أى أن القسمة الرضائية تنعقد طبقا للأصل العام في انعقاد العقود بالتراضي وحده ، فلم يتطلب القانون فوق التراضي شروطا أخرى لانعقاده . فيكفي أن يتبادل جميع الشركاء التعبير عن إرادتهم المتطابقة على أن يقوموا بإجراء القسمة الاتفاقية ، بقصد قسمة المال الشائع وإنهاء حالة الشيوع .

- **بطلان للقسمة بطلان نسبى مقرر لمصلحة ناقص الأهلية** :

بطلان عقد القسمة هو بطلان نسبى شرع لمصلحة ناقص الأهلية حتى لا يتعاقد الوصى ومن فى حكمه على تصرف ليس له فى الأصل أن ينتقل به ، ومن ثم لا يحتج بهذا البطلان إلا ناقص الأهلية فقط .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** "إذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن فى حكمه حتى لا يتعاقد الوصى أو القيم على تصرف ليس فى الأصل أن يستقل به ، فإن هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذى يكون له عند بلوغه س الرشد إن كان قاصراً أو عند رفع الحجر عنه إن كان محجوراً عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الإجراءات " ( طعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٩ ق- جلسة ١٩٦٤/١/٢٣) . وبأنه " العقد القابل للإبطال بسبب نقص الأهلية أو لعيب شاب الإدارة له وجود قانونى إلى ان يتقرر بطلانه ، ولا يستطيع أن يطلب إبطاله سوى من تقرر البطلان لمصلحته – ناقص الأهلية أو من شاب إرادته عيب – لما كان ذلك .... الخ " ( طعن رقم ٧٩٠ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨١/٢/٢١) وبأنه " البطلان المترتب على عدم ابتاع الإجراءات الواجب اتباعها بالنسبة للشركاء القصر فى عقد القسمة هو بطلان نسبى لا يحق لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به "(طعن رقم ٣٧٤ لسنة ٣٥ق – جلسة ١٩٦٩/١١/٦) وبأنه " متى كان التصرفات المالية الدائة بين النفع والضرر مثل التصرف بالبيع – قابلة للإبطال لمصلحة القاصر –كما هو حكم المادة ١١١ من القانون المدنى فإن للقاصر فى حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانونا ، كما أن هذ الحق ينتقل بعد وفاته لوارثة بوصفه خلفا عاماً له يحل محل سلفه فى كل ماله وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه ، وإذ كان موضوع طلب الإبطال تصرفا ماليا فغنه بهذا الوصف لا يكون حقاً شخصيا محضا متعلقا بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف مباشرته " ( طعن رقم ٤٢ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/٢/٢٧)

- **سقوط دعوى الإبطال بالتقادم** :

سقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات . ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم الذى يزول فه هذا السبب

وفى حالة الخلط أو التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لخلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة وقت تمام العقد . ( م ١٤٠ مدنى)

- **أثار تقرير إبطال عقد القسمة** :

**أولا** : **فيما بين المتعاقدين** : فى حالة إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقض أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منف بسبب تنفيذ العقد " ( المادة ١٤٢ مدنى ) . مفاد ذلك أنه إذا تقرر إبطال عقد القسمة رضاء أو قضاء اعتبر العقد كأن لم يكن وزال الوجود القانونى للعقد منذ إبرامه ، ويعود المتقاسمون إلى حالة الشيوع التى كانوا عليها قبل القسمة مؤدى ذلك أن كل متقاسم يلزم قبل الآخر بأن يرد له كل ما أخذه منه أو يؤدى له تعويض مناسب عما استحال رده .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** "الأثر الرجعى لبطلان البيع أو إبطاله أو فسخه . مؤداه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ومنها رد المبيع إلى البائع شرطه ألا تكون ملكية المبيع قد ٱلت إلى المشترى بسبب آخر من أسباب كسب الملكية " (طعن رقم ٢٢٩٢ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٢) وبأنه " بطلان العقد . أثره . إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد إلا أن يكون ذلك مستحيلا . مؤداه . محو البطلان لكل آثر للعقد كان نتيجة اتفاق صريح أو ضمنى بين عاقديه .( طعن رقم ١٤٨٢ لسنة ٥٠ ق- جلسة ١٩٨٧/٦/٢٨ – غير منشور ) وبأنه " أساس الحكم بالتعويض المعادل – فى حالة إبطال العقد أو إبطاله مع استحالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبله- إنما هو المسئولية التقصيرية ".( طعن رقم ١٣٨ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٤)

- **التزام ناقص الأهلية برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد** :

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ مدنى على أنه ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد " مفاده أن ناقص الأهلية لا يلزم إلا برد ما عاد عليه من نفع حقيقيى فلا يلزم

برد ما أضاعه أو انفقه في غير مصلحة . فناقص الأهلية يعامل برعاية أكبر من التى يعامل بها كامل الأهلية فلا يكون التزامه والتزام كام الأهلية من حيث المدى بمنزل سواء .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** "نيابة الولى عن القاصر نيابة قانونية ، ويتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذى يقوم به إلى القاصر أن يكون هذا العمل فى حدود نيابته أما إذا جاوز الولى هذه الحدود فإنه يفقد صفته النيابية ولا ينتج العمل الذى قام به أثره باتلنسبة إلى القاصر ولا يجوز الرجوع على هذا الأهير إلا بقدر المنفعة التى عادت عليها بسببها " (طعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٢ق – جلسة ١٩٧٧/١/٣١) وبأنه " تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ ك من القانون المدنى على أن ناقص الأهلة لا يلزم – إذا أبطل العقد أهليته – أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ، مما يعنى أن يرد فى هذه الحالة لا يكون واجبا إلا وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب وهو ما نصت عليه المادة ١٨٦ من ذات القانون بقولها إنه إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذى اثرى به ، بما يفصح عن أن المشرع قرر قصر التزام المثرى ناقص الأهلية بالرد على قدر النفع الحقيقى الذى عاد عليه فلا يلزم برد ما اضاعه أو أنفقه فى غير مصلحته"(طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٦ق – جلسة ١٩٧٩/٣/١٥) .

**ثانيا** : **آثار إبطال عقد القسمة بالنسبة للغير** : لا يقتصر أثر إبطال عقد القسمة على الشركاء فى المال الشائع المتقاسمين ، بل يمتد إلى الغير ، وهو من رتب له أحد المتقاسمن حقا عينيا على الحصة التى آلت إليه بموجب العقد الذى أبطل ، فإذا كان القاصر قد رتب للغير حق ارتفاق على الحصة التى وقعت فى نصيبه م تقرر بطال العقد ، حق للشركاء المشتاعين استرداد هذه الحصة خالية من حق الارتفاق .( عزمى البكرى ص٢٤٣) ويحد من هذه القاعدة أن الغير قد يستفيد من قواعد حيازة العقار بالتقادم إذ لا يقطعه فى حقه سوى مطالبته برد العقار ، وكذلك مبدأ حماي حائز المنقول حسن النية ( محمد كمال عبد العزيز التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه ٩٨٠ ص٣٩٠) كما يحد منها الاستثناء الوارد بالمادة ١٠٣٤ مدنى بالنسبة للرهن الرسمى والتى تقضى بأن " يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن

الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا مكان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى ابرم فيه الرهن " وكذلك حكم المادتين ١٥ ، ١٧ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ (المعدل) الذى يستلزم الاحتجاج على الغير بالحكم الصادر بالبطلان أن يتم تسجل الحكم أو صحيفة دعوى البطلان قبل تسجيل سند هذا الغير .

- **زوال حق إبطال عقد القسمة بإجازة ناقص الأهلية** :

يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم في العقد دون إخلال بحقوق الغير ( المادة ١٣٩ مدنى ) تناقض الأهلية ، إذا زال عنه سبب نقض الأهلية كأن يكون بلغ سن الرشد إن كان قاصر أو رفع عنه الحجر إذا كان مجنون أو معتوه أو ذى غفله أو سفيه يكون له إجازة القسمة التى تمت بغير استئذان المحكمة ويشترط فى الإجازة التى تصح العقد الباطل أن تصدر من ناقص لأهلية بعد زوال سبب نقض الأهلية وهو عالم بالعيب الذى يشوب العقد وأن يكون قاصداً الإجازة . والإجازة قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية ، فالإجازة الصريحة ، هى التى تتضمن التصريح بالنزول عن حق طلب الإبطال ، أما الإجازة الضمنية فهى تلك التى يستدل عليها من ظروف الحال بشرط أن يكون هذا الإتدلال قاطعاً فى إفادته النزول عن حق التمسك بالإبطال .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " الإجازة تصرف قانونى يتضمن إسقاطا لحق فلا يملكها من كان ناقص الأهلية ، وإذن فمتى كان الحكم إذ اعتبر إجازة القاصر للبيع الصادر منه منعدمة الأثر قانونا أقام قضاءه على أن هذه الإجازة إنما صدرت من القاصر بعد قرار المجلس الحسبى باستمرار الوصاية عليه ، فإن النعى على الحكم الخطأ فى تطبيق القانون يكون غير صحيح " ( طعن رقم ١٩٧ لسنة ١٨ق – جلسة ١٩٥٥/٢/١ ) وبأنه " الإقرار الصادر أمام المجلس الحسبى من أحد الورثة بإجازة عقد مطعون فيه لصدوره فى مرض الموت ، وإن لم يكن قضائيا لعدم صدوره أمام جهة مختصة بالفصل فى صحة العقد المطعون فيه إلا أنه يصح إعتباره إجازة لهذا العقد إذا كان المجيز انتفى صحيح العقد وهو يعلم بما يشوبه "( طعن رقم ٧ لسنة ٧ق – جلسة ١٩٣٧/٥/٢٠ ) وبأنه " الإجازة التى تصح العقد القابل للإبطال هى

التى تصدر ممن يملكها وهو عالم بالعيب الذى يشوب العقد وان يكون قاصداً إجازته وإذن فمتى كان الثابت من الأوراق أن الطاعن لم يدع صدور إجازة مستكملة لهذه الشروط القانونية بل اكتفى بالقول بأن مجرد توقيع المطعون عليها الأولى على محضر الجرد يفيد إجازتها للعقد الصادر من مورثها بصفتها الشخصية وبصفتها وصية على ابنتها القاصر ، وكان تمسك الطاعن بالإجازة استناداً إلى هذه الواقعة غير منتج ، ذلك أن المطعن عليها ما كانت تملك إجازة العقد بصفتها وصية دون إذن من المجلس الحسبى كما أن مجرد توقيعها على محضر الجرد لا يفيد أنها كانت تعلم بأن العقد الصادر من مورثها صدر منه وهو قاصر وأنها ارادت من التوقيع إسقاط حقها من الطعن على العقد ، فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يتعرض لبحث هذا الدفاع لا يكون باطلا " ( طعن رقم ٣٦ لسنة ٢١ق – جلسة ١٩٥٣/١١/٢٦ ) وبانه " بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشترى ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد ، وما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه ، فإن عقد البيع يبق قائما منتجا لآثاره بحيث يكون للمشترى أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ويعد هذا منه إجازة للعقد "( طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٢٨ق – جلسة ١٩٦٣/٣/١٤ )

**كما قضت محكمة النقض بأن** " إجازة العقد تكون صريحة أو ضمنية ، ومن ثم فلا تثريب على محكمة الموضوع إذا استخلصت – فى حدود سلطتها الموضوعية – استخلاصا سائغا من وقائع الدعوى ومستنداتها – إجازة الطاعن لعقد القسمة إجازة ضمنية بعد بلوغها سن الرشد من توقيعها كشاهدة على عقود البيع الصادرة من بعض المتقاسمين الآخرين والمشار فها إلى أن أصل التمليك يرجع إلى عقد القسمة المذكور وبالتالى لا تعدو المجادلة فى ذلك أن تكون جدلال موضوعيا لا تقبل إثارته أمام محكمة النقض ( طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٢/٥/٣ )

- **ويقع عبء اثبات إجازة ناقص الأهلية لعقد القسمة على مدعى الإجازة وهم باقى الشركاء فى المال الشائع :**

**وفى ذلك تقول محكمة النقض بأن** " عبء إثبات إجازة عقد قابل للإبطال وإنما يقع على عاتق مدعى الإجازة .... إلخ " ، وإذا كانت الإجازة صريحة فنها تضخع فى غثباتها الحكم القواعد العامة ، فمثلا إذا كانت قيمةم نصيب القاصر

تجاوز خمسمائة جنيه فلا يجوز إثباتها إلا بالكتاب أو ما يقوم مقامها . أما إذا كانت الإجازة ضمنية فيجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات .

- **شهر عقد القسمة الإتفاقية** :

ففي تسجيل عقد القسمة الرضائية يتقدم صاحب الشأن إلى مأمورية الشهر العقاري الجزئية المختصة بطلب لتسجيل عقد القسمة ويقدم إما على النموذج ١٦٨ عقاري أو على طلب أبيض عادي – مستوفيا بيانات طلب التسجيل التي أوضحناها بمرحلة الطلبات – ومرفقا به حافظة مستندات تشتمل على نسخة من عقد القسمة ، والأوراق المثبتة لملكية الشركاء المتقاسمين ، والأوراق الأخرى التي تتطلبها مصلحة الشهر العقاري – وبعد أن تقوم المأمورية بإخطار صاحب الشأن بالقبول للشهر – يحرر مشروع عقد القسمة على الورق الأزرق المدموغ ، وذلك ينسخ عقد القسمة على الورق الأزرق ، مع تعديله ليتفق تماما مع ما تضمنه إخطار القبول (إذا وجدت اختلافات بين طلب التسجيل وبين تحقيق الملكية وضبط العقارات الذي قامت به المأمورية) – ثم تقوم المأمورية بختم المشروع بخاتم (صالحا للشهر) ، وتعيده مع حافظة المستندات – وبعد أن يسدد صاحب الشأن رسوم التسجيل والتصديق على التوقيعات – وبعد أن يتم التصديق ، يقدم عقد القسمة والحافظة لمكتب الشهر العقاري الرئيسي المختص فيقوم بتسجيله (بدفتر الشهر) أخطر السجلات ، ويسلم منه صورة فوتوغرافية لصاحب الشأن .

- **دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة** :

يجوز لكل ذى مصلحة من الشركاء فى المال الشائع الذين أبرموا القسمة الاتفاقية ، أن يرفع دعوى بصحة ونفاذ عقد القسمة ، وباختصاصه بنصيبه المبين بالعقد ، كما له أن يضيف طلب تسليم الحصة التى اختص بها إليه . (عزمى البكرى – مرجع سابق )

ودعوى القسمة التى يرفعها أحد الشركاء أو بعضهم تكون مقبولة حتى لو وجد بين خصومها من هو ناقص الأهلية ممثلا فى شخص وليه أو وصية أو القسم عليه ، ولكن لا يكون للحكم النهائى الصادر فيه حجية بالنسبة له إلا إذا صدقت عليه محكمة الولاية على المال ، وبالتالى تكون القسمة القضائية برمتها معلقة على شرط

واقف هو تصديق المحكمة على الحكم النهائى الصادر فيها ، فإن رفضت التصديق ، أعتبر حكم القسمة كأن لم يكن بالنسب لجميع الشركاء وليس بالنسبة لناقص الأهلية وحده ، إذا لا يساغ لمن هو كامل الأهلية أن يتمسك بحجية الحكم لما فى ذلك من نفاذ القسمة فى حق ناقص الأهلية رغم رفض المحكمة التصديق عليها ، إذ لو اختص كل كامل أهلية بالجزء المفرز الذى صدر به الحكم ، لأجبر ناقص الأهلية على قبول الجزء الباقى ، وأهدر بذلك نص المادة ٨٤٠ من القانون المدنى ، وذلك على نحو ما أوضحناه بالبند السابق . فإن لم يلجأ الشركاء القسمة القضائية ، وإنما إلى القسمةم الإتفاقية ، وذلك بإجماعهم على إجرائها ،كان عقد القسمة نافذاه فى حقهم جميعا وفى حق خلفائهم ، ويجب لذلك أن يكون موقعا منهم جميعا .( أنور طلبه ص٤٩٤)

وترفع الدعوى أمام المحكمة المختصة قيميا طبقا للقواعد العامة فترفع إلى المحكمة الجزئية إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز عشرة آلاف جنيه وإلى المحكمة الإبتدائية إذا جاوزت هذه القيمة والعبرة فى تقدير قيمة الدعوى بقيمة المال محل القسمة ( م ٧/٣٧ مرافعات ) ، أى قيمة المال الشائع جميعه وليس نصيب المدعى فقط فإذا كان المال عقاراً مبنيا قدرت قيمته باعتبار خمسمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه ، فإن كان من الأراضى يكون التقدير بإعتبار أربعمائة مقل من قيمة الضريبة الأصلية فإذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته ( م ٣٧١ مرافعات معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ ) ، وعلى ذلك لا يعتد بالقيمة الثابتة بعقد القسمة .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " إذا كان الحكم المطعون فيه قد قدر – صحيحا – وبما لا خلاف عليه بين طرفى اهلخصومة – قيمة الدعوى بمبلغ أربعة وتسعين نيها وسبعمائة وثلاثين مليما – وذلك طبقا للبند الأول من المادة ٣٧ من قانون المرافعات – إعتباراً بأن دعوى الشفة تعتبر متعلقة بملكية العقار المشوع فيه فيرجع فى تقدير قيمتها إلى قية العقار وهو من الأراضى التى يكون تقديرها بإعتبار سبعين مثلا لقيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليها – ما يجعل الدعوى تدخل فى الاختصاص القيمة للمحكمة الجزئية فلا تختص بها المحكمة الإبتدائية فإن الحكم

الصادر فيها من هذه المحكمة يكون جائزا استئنافيه " – والبين من أسباب الحكم أنه لم يأخذ بالقيمة الواردة بعقد البيع وقدرها ٥٨٩ جنيها" (الطعن رقم ٣٢١ لسنة ٥٧ق – الهيئة العامة للمواد المدنيه والتجارية جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

وكما يلزم أن يكون عقد القسمة موقعاً من الشركاء جميعاً حتى نافذاً فى حقهم جميعا يلزم كذلك توافر الرضاء والأهلية وخلو الإرادة من العيوب وأن يكون المحل مستوفيا لشروطه وأن يوجد سبب مشروع للتعاقد وإلا كانت القسمة قابلة للإبطال وفقا للقواعد العامة ، وتكون القسمة فى حالة موافقة بعض الشركاء عليها ملزمة لمن وافق منهم وتعد بمثابة إيجابا موجها منهم إلى من لم يقرها من باقى الشركاء فيكون للأخيرين أو لورثتهم قبول القسمة ويبقى هذا الإيجاب ، قائما المدة المحددة له أو المدة المعقولة ، أما أن تمت القسمة بين بعض الشركاء وتناول جميع المال الشائع فأنها تكون باطلة ، ويجوز تعليق القسمة على شرط واقف أو فاسخ . (أنور طلبه ص٤٤٤)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " عقد القسمة النهائية الذى يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلاً لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يعتبر ملزماً كل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من إلتزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن نوقيع العقد ، بل يظل العقد قائما وللشريك الذى لم يوقعه أن يقره متى شاء – وحق الشريك الذى لم يوقع العقد فى إقراره هذا العقد يظل قائما له ما بقيت حالة الشيوع ويكون لورثته من بعده ، إذ عقد القسمة ليس من العقود التى لشخصية عاقديها إعتبار فى إبرامها لأنهالو لم تتم بالرضا جاز إجراؤها قضاء ولا يحول دون مباشرة الورثة هذا الخق بمثابة إيجاب موجه إلى ذلك الشريك فلا خلافه فيه ، إذ هو فى قصد من وقعه إيجاب لا لشخص الشريك الآخر بالذات بل لكل من يملك نصيبه ، فلا يتقضى بوفاة الشريك – فالحكم الذى يقضى برفض دعوى صحة ونفاذ عقد قسمة لم يتخلف عن توقيعه من الشركاء الأصليين سوى واحد فوقعه ورثته ، مستنداً فى ذلك إلى ان أحد موقعى العقد يحق له أن يتحدى بعدم توقيع أحد الشركا وأن يعتبر العقد غير ملزم له لوفاة هذا الشريك دون توقيعه ولأان ورثته لا يستطيعون قبول العقد بعد وفاته – هذا الحكم يكون مخالفاً للقانون" (نقض ١٩٥٠/٢/٢٣ طعن ١٠٦ س١٨ق )

وإذا إنعقد إجماع الشركاء ولم يكن فيهم من هو ناقص الأهلية وتوافرت للعقد مقومات صحته ، قضت المحكمة بصحته ونفاذه ، بشرط أن تكون مقبولة بشهر صحيفتها

فإن كان من بين الشركاء ناقص أهلية ، وأبرم عقد القسمة ، ومثل ناقص الأهلية ، بوليه أو وصية أو قيمة ، كان العقد برمته معلقا على تصديق محكمة الولاية على المال عليه ، فإن صدقت عليه ، نفذ فى حق جميع الشركاء بمن فيهم ناقص الأهلية ، وجاز رفع دعوى بصحته ونفاذه . فإن رفعت دعوى القسمة ، وكان من بين الشركا ناقص أهلية ممثلا فيها بولاية أو وصية أو قيمة ، كانت مقبولة ، ولكن لا ينفذ الحكم النهائى الصادر فيها إلا إذا صدقت عليه المحكمة عملا بالمادة ٨٤٠ من القانون المدنى . وإن كانت دعوى القسمة يختص بها القاضى الجزئى ، فإن دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة ، تخضع للقواعد العامة ى الاختصاص ، فتختص به المحكمة الجزئية أو الإبتدائية بحسب قيمة المال الشائع جميعه ، وينقضى الشيوع بصيرورة الحكم بصحة ونفاذ عقد القسمة نهائيا ولو لم يتم التأشير به فى هامش تسجيل الصحيفة . (أنور طلبه)

- **رسوم دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة** :

أن رسم الدعوى التى ترفع بصحة عقد القسمة ونفاذه يجب أن يكون شاملا للقدر المبين بالعقد جميعه لأن الحكم فى الدعوى يكون قد حسم النزاع بين الشريكين فى هذا القدر بأكمله وذلك وفقا للفقرة الثالثة من المادة ٧٥ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالروم القضائية "(طعن رقم ١٢ لسنة ٢٣ق – جلسة ١٩٥٦/١١/٥)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " النص فى المادة ٧٥ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية فى المواد المدنية المعدل بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٤ على أنه " يكون أساس تقدير الرسوم النسبية على الوجه الاتى : أولا : على المبالغ التى يطلب الحكم بها . ثانيا : على قيم العقارات أو المنقولات المتنازع فيها وفقا للأسس الآتية : أ– ............ج– بالنسبة للأراضى الزراعية لم تفرض عليها ضريبة والأراضى المعدة للبناء والمبانى المستحدثة التى لم تحدد قيمتها الإيجارية

بعد والمنقولات بقدر الرسم مبدئيا على القيمة التى يوضحها الطالب ، وبعد تحرى قم الكتاب عن القيمة الحقيقية يحصل الرسم عن الزيادة .." مفاده أن تقدير قيمة الأراضى الزراعية الكائنة فى ضواحى المجن المعول عليها فى حساب الرسوم النسبية يكون بحسب قيمتها الحقيقية التى أجاز المشرع لقلم الكتاب التحرى عنها ، لما كان ذلك ، وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة ، أن رسم الدعوى التى ترفع بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد القسمة يحب أن يكون شاملا للقدر المبين بالعقد جميعه لأن الحكم فى الدعوى يكون قد حسم النزاع بين الشركاء فى هذا العقد بأكمله ، لإن الحكم المطعون فيه إذ عول فى حساب الرسوم النسبية محل النزاع على تقرير الخبير المنتدب فى الدعوى الذى اعتد فى حساب الرسوم النسبية عن عقد القسمة المقضى بصحته ونفاذه بقيمة النصيب الذى اختص به البائعون للمطعون ضدهما دون القدر المبين بالعقد جميعه واحتسب قيمة الأرض محل العقود المقضى بصحتها ونفاذها بقيمة الضريبة الأصلية المفروضة عليها مضروبة فى سبعين ، والتفت بذلك عن بحث ما أثاره الطاعنان من أن تلك الأرض تقع فى ضواحى المدن وتقدر قيمتها فى نطاق حساب الرسوم القضائية بقيمتها الحقيقية وهو دفاع جوهرى من شأن بحثه أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإن الحكم يكون فضلا عن قصوره قد أخطأ فى تطبيق القانون ( نقض ١٩٩١/٥/١٦ طعن ١٣٤٩ س ٥٨ق ). وبأنه " رسوم الدعوى بطلب صحة ونفاذ عقد القسمة ، وجوب أن يكون شاملا للقدر المبين بالعقد جميعه ، علة ذلك لقلم الكتاب التحرى عن القيمة الحقيقية للعقار بحسبانه أرضا معدة للبناء . مادة ٧٥ ق ٩٠ لسنة ١٩٤٤ المعدلة بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٤ " ( طعن رم ١١٨ لسنة ٥٣ق – جلسة ١٩٨٧/٦/٢٤) وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن طلب أحد الشركاء فى عقد قسمة المال الشائع بصحة العقد ونفاذه باختصاصه بنصيبه المبين بهذا العقد مؤاده أن فرو وتجنيب حصته التى تم التراضى على فرزها بذلك العقد ينبنى عليه حتما فرز حصة الشركاء الآخرين أى أن النزاع شمل القدر المقسم بأكمله وأن الحكم الذى صدر قد حسم النزاع بين الشركاء فى شأن المال موضوع العقد جميعه لا حصة شريك بمفرده مما يستتبع أن يكون الرسم شاملا للقدر المبين بالعقد

جميعه وفقا للفقرة الثالثة من المادة ٧٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية فى المواد المدنية " ( طعن رقم ٨٨١ لسنة ٥٥ق – جلسة ١٩٩٠/٢/٨)

- **شهر صحيفة صحة ونفاذ عقد القسمة** :

لا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينينة العقارية إلا إذا شهرت صحيفتها وذلك . إعمالا لأحكام الفقره الثالثة من المادة ٦٥ من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ مفاد ذلك أن شهر صحيفة الدعوى المشار غليها أصبح شرطاً لقبولها بحيث إذا تبين للمحكمة زعدم شهرها قضت ومن تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى لعدم شهر صحيفتها دون أن تكون ملزمة بالتأجيل لإجراء هذا الشهر ، لكن إذا تمكن المدعى من شهرها ولو بعد رفعها ، تحقق موجب قبولها وتعيين على المحكمة الحكم فى موضوعها سواء بعدم القبول إذا توافر سبب آخر لذلك ، أو بالرفض أو بصحة ونفاذ العقد ، فإذا تقدم الخصوم بعقد صلح فى الدعوى وطلبوا إلحاقه بمحضر الجلسة ، أو أثبتوا ما اتفقوا عليه بهذا المحضر وطلبوا إلحاق ما اتفقوا عله بمحضر الجلسة ، وجب على المحكمة الحكم بذلك ولو لم يكن عقد الصلح أو صورة رسمية من محضر الجلسة مشهراً إذ طالما اشهرت صحيفة الدعوى فلا حاجة لشهر الصلح ، كما لا يقبل الطلب العارض أو طلب التدخل إذا كان محله صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا لم شهر صحيفة هذا الطلب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى اثبت فيه ، وذلك عملاً بالمادة ١٢٦ من قانون المرافعات .

ولم تمس الفقرة الثالثة سالفة البيان القواعد المتعلقة بنقل الملكية التى أوردها قانون الشهر العقارى ومن ثم فإن الملكية الواردة على حق من الحقوق العينية لا تنتقل بموجب دعوى صحة التعاقد إلا بشهر صحيفتها ثم التأشير على هامش هذا الشهر بمنطوق الحكم الصادر فيها ، أو بتسجيل هذا الحكم ، ومفاد ذلك ان صحيفة الدعوى إن لم تكن قد اشهرت قبل العمل بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ فإن الملكية لا تنتقل إلا بشهر الحكم الصادر بصحة التعاقد ، فإن كانت قد أشهرت فلا تنتقل الملكية إلا بالتأشير بمنطوق الحكم فى هامش شهر الصحيفة كما لا تنتقل

الملكية بعد العمل بهذا القانون إلا بعد التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد فى هامش شهر صحيفة الدعوى . (أنور طلبه ، ص٩٩٤)

- **عدم قابلية دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة للتجزئة** :

فدعوى صحة ونفاذ عقد البيع من الدعاوى غير القابلة للتجزئة ، ويترتب على كونها غير قابلة للتجزئة إعمال نص المادة ٢١٨ مرافعات التى تجرى على أن " فيما عدا الأحكام الخاصة بالطعون التى ترفع من النيابة العامة لا يفيد من الطعن إلا من رفعه ولا يحتج به إلا على من رفع عليه . على أنه إذا كان الحكم صادرا فى موضوع غير قابل للتجزئي أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء ظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضما إليه فى طلباته فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصامه فى الطعن ، وغذا رفع الطعن على احد المحكوم لهم فى الميعاد وجب اختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم ... إلخ .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " ..... ولما كان الحكم المستأنف صادراً فى موضوع غير قابل للتجزئية هو صحة ونفاذ القسمة التى تمت بين أطراف الخصومة فإن بطلان الإستئناف بالنسبة لها ( المستنأنف عليها الثالثة ) يستتبع بطلانه بالنسبة لجميع المستأنف عليهم " (طعن رقم ٥٦٦ لسنة ٣٥ق ، جلسة ١٩٧٠/٣/١٢)

- **أوجه الطعن فى القسمة الاتفاقية** :

القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ، ومن ثم يجوز الطعن على عقد القسمة بكافة أوجه الطعن التى توجه إلى أى عقد من العقود .

*وتنص المادة ٨٣٦ مدني على أن" إذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور امام المحكمة الجزئية .*

*وتندب المحكمة أن رأت وجها لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا أن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير فى قسمته" .*

- **القسمـة القضائيـة** :

ويقصد بها القسمة التى تجريها المحكمة بموجب حكم يصدر منها بناء على دعوى ترفع من أحد الشركاء فى المال الشائع تسمى دعوى القسمة . أى ان القسمة القضائية يتم اللجزء إليها إذا لم توجد قسمة اتفاقية صريحة أو ضمنية على النحو السابق حيث يكون لكل شريك الحق فى الالتجاء إلى القضاء لطلب الحكم بالقسمة (م٨٣٦/١ مدنى) .

وكذلك فللمحكمة نفسها أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية إذا لم تأذن الوصى أو القيم أو الوكيل فى التراضى على قسمة مال القاصر أو المحجور عليه أو الغائب ، او إذا أذنته ولكنها رفضت من بعد التصديق على عقد القسمة لعدم عدالته ( م ٤٠ و ٧٩ من قانون الولاية على المال) .

فيلاحظ إذن أن القسمة القضائية تتم فى حالتين : (الحالة الأولى) إذا لم تجمع أراء الشركاء على أجراء قسمة اتفاقية وأراد أحدهم الخروج من الشيوع فليس أمامه إلا ان يجأ لى القسمة القضائية ، فيرفع دعوى القسمة ( م ٨٣٦/١ مدنى ) . (الحالة الثانية) إذا إنعقد إجماع الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية ، ولكن كان فيهم من هو غير كامل الأهلية أو غائب ، فقد راينا أنه يستخلص من المادتين ٤٠/١ و٧٩ من قانون الولاية على المال وجوب أن تكون القسمة قضائية فى فرضين (الفرض الأول) أن يستأذن الوصى أو القيمى أو الوكيل عن الغائب المحكمة فى إجراء قسمة اتفاقية ، فلا تأذن المحكمة ، وعندئذ يتعين أن تكون القسمة قضائية (الفرض الثانى) أن تأذن المحكمة مبدئيا فى إجراء قسمة اتفاقية ، وعندما يعرض عليها عقد القسمة للتثبت من عدالته لا تقره ، وتقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية . (السنهورى ص٨٥٧)

- **الخصوم فى دعوى القسمة** :

لقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٣٦ مدنى على أن إذا اختلف الشركاء فى غقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية .

فيبين من نص هذه الفقرة أنه يجوز لأى شريك إذا لم يجمع الشركاء على القسمة الإتفاقية أن يرفع دعوى القسمة فيكون هو المدعى ، ويجب أن يرفع الدعوى على سائر الشركاء ، فيدخولن جميعاً خصوماً ى دعوى التسمية .

ويجوز أن ترفع من أكثر من شريك أوجه جميع الشركاء عدا واحد إذا كان هو فقط من يرفض القسمة الإتفاقية وإذا رفعت دعوى القسمة على بعض الشركاء دون بعض ، جاز بعد ذلك إدخال من لم يدخل فى الدعوى ، وجاز لهؤلاء أن يتدخلوا فى الدعوى من تلقاء أنفسهم وجاز للمحكمة أن تأمر بدخالهم من تلقاء نفسها . وإذا صدر الحكم فى دعوى القيمة دون أن يكون جميع الشركاء قد دخلوا خصوما ى الدعوى لم يكن الحكم حجة على من لم يدخل ، ولكن ليس للشركاء الذين دخلوا خصوماً أن يدفعوا الدعوى بعدم قبولها ، لأن الشريك الذى لمي دخل كخصما هو وحده اذلى يستطيع أن يتمسك بعدم نفاذ الحكم فى حقه . (السنهورى ص٨٥٨)

وواضح أن دعوى القسمة لا ترفع إلا من شرك ولا ترفع إلا على شريك فيملك رفعها الشريك الأصلى فى الشيوع وخلفه العام أو الخاص على الحصة الشائعة ، ولكن لا ترفع من أو على مشترى الجزء المفرز من أحد الشركاء ، حيث لا يحل هذا المشترى محل البائع شريكا فى الشيوع كما سبق البيان . (حسن كيرة ص٢٠٥)

ولكن يجوز ان ترفع من المشترى لحصة شائعة على أن يسجل عقده . خلاصة ذلك أن دعوى القسمة لا تكون مقبولة إلا إذا رفعها الشريك المالك أو رفعت عليه ، وأن المشترى لا يصبح شريكا مالكاً إلا إذا اشترى حصة شائعة وقام بتسجيل عقد البيع أو تسجيل الحكم الصادر بصحة ونفاذ هذا العقد أو التأشير بهذا الحكم فى هامش تسجيل صحيفة دعوى صحة ونفاذ عقد البيع ، قبل تسجيل القسمة ، والبطلان المترتب على عدم تمثيل الشركاء فى دعوى القسمة أو عدم مراعاة الإجراءات الواجب اتباعها بالنسبة للشركاء القصر ، هو بطلان نسبى لا يحق لغير من شرع لمصلحته من الشراء التمسك به . (أنور طلبه ص٥٢٠)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** "القضاء الصادر فى دعوى القسمة هو حكم يؤثر فى الملكية وتترتب عليه حقوقه ، إذ فغير سديد القول بأن دعوى القسمة هى مجرد

دعوى إجراءات لا تأثير لصفات الخصوم فيها ( نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاماً جزء ٢ ص٨٨٣)

**وقضت أيضا بأن** " الشريك في ملك شائع الذى يتصرف فى حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر ممثلاً لمشترى منه ، متى سجل هذا الأخير عقد شرائه وإنتقلت إليه بذلك ملكية الحصة المبيعة بل إنتهاء إجراءات القسمة ( نقض مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص٦٣) وبأنه " وفقا للمادة ٨٤٣ من القانون المدنى يترتب على صدور حكم بالقسمة أن يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص وإن ما يقضى به حكم القسمة ملزم لكافة الشركاء المتقاسمين اذلين كانوا طرفاً فى دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم . ( جلسة ١٩٨٣/٤/٢٦ الطعن رقم ٣٧٦ لسنة ٤٣ق س٣٤ ص١٠٥١) وبأنه " النص فى الفقرة الأولى من المادة ٨٣٦ من القانون المدنى على أنه " إذا إختلف الشركاء فى إقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور امام المحكمة الجزئية " والنص فى المادة ٨٣٨ من هذا القانون على أن " تفصل المحكمة الجزئية ف المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص وفى كل المنازعات الأخرى التى تدخل فى إختصاصها ، فإذا كانت منازعات لا تدخل فى إختصاص تلك المحكمة كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الإبتدائية وأن يتعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها وتقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا فى تلك المنازعات " يدل على أن الشارع ناط بمحكمة المواد الجزئية إختصاصاً استثنائياً بنظر دعوى قسمة المال الشائع أيا كانت قيمتها ويمتد إختصاصها إلى المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أما غير ذلك من المنازعات الأخرى فلا تختص به إلا إذا كان يدخل فى إختصاصها العادى ، وأن الإختصاص بالفصل فيما يرفع من طعون بالإستئناف عن الأحكام الصادرة إبتدائية من محاكم المواد الجزئية فى دعاوى القسمة ينعقد للمحكمة الإبتدائية بهيئة إستئنافية أيا كانت قيمة الدعوى " (جلسة ٢٠٠٥/١٢/١٣ الطعن رقم ٥٢٢٣ لسنة ٧٢ق) وبأنه " والمشترى لحصة شائعة فى عقار بعقد مسجل هو

صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى لهذا العقار ، فالقسمة التى تجرى مع الشريك البائع لنصيبه فى هذه الحالة لا يحتج بها على المشترى الذى سجل عقده قبل تسجيل حكم القسمة " (نقض ١٩٧٥/١٢/٢٤ طعن ٧٩ س ٤١ق) وبأنه " مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى ، أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم إلا أنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة ، والغير فى حكم المادة المذكورة ، هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع ، إذا سجل عقده قبل تسجيل سند القسمة ، فالمشترى لحصة شائعة من أحد الشركاء على الشيوع ، إذا سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة ، يعتبر من الغير وبالتالى لا يحتج عليه بهذه القسمة ، ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذا العقار ، وله أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذا لم يرتض القسمة التى تمت دون أن يكون طرفاً فيها ( نقض ١٩٨١/٤/٢٨ طعن ١١٥٧ س ٤٧ق) وبأنه " للشريك على الشيوع فى عدة عقارات أن يبيع حصة شائعة فى بعض هذه العقارات ، ،إذا سجل المشترى عقده انتقلت إليه حصة البائع فى هذا البعض من العقارات شائعا ، ويصبح المشترى دون الشريك البائع هو صاحب الشان فى القسمة التى تجرى بخصوص هذه الأعيان اتفاقا أو قضاء ، فإذا تجاهله شركاؤه وأجروا قسمة ذه الأعيان مع الشريك الذى باع نصيبه بعقد مسجل ، فلا يجوز الإحتجاج بهذه القسمة على المشترى الذى سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة ، ولا يغير من ذلك أن يكون الشريك البائع قد باع أكثر من نصيبه فى بعض العقارات المشتركة ، ذلك لأن البيع يعتبر نافذا فى القدر الذى يملكه البائع – والمشترى دون البائع – هو الذى يستطيع التحدث عن هذا القدر إذا ما أراد الشركاء قسمة العقارات المشتركة ( نقض ١٩٥٥/١٠/٢٠ س ٦ ص ١٣٧٥ ، ونقض ١٩٧٥/١٢/٢٤ س ٢٦ ١٦٧٨)

**كما قضت بأن** " وقد أوجبت المادة الأولى من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ تسجيل جميع العقود التى من شأنها إنشاء حق ملكية أو أى حق عينى آخر أو نقله

أو تغييره ومؤدى ذلك أن حق الملكية لا ينتقل من البائع إلى المشترى إلا بالتسجيل وإلى أن يتم هذا التسجيل يبقى البائع مالكاً للعقار ويكون بالتالى هو الخصم فى كل دعوى تتعلق بعين العقار ، ولما كان الخصم فى دعوى القسمة هو الشريك المالك – عملا بالمادة ٤٥٢ مدنى قديم التى تحكم هذا النزاع ، وكان يبين من الوقائع التى أثبتها الحكم المطعون فيه أن دعوى القسمة رفعت من الطاعنين على المطعون عليه الثانى الذى كان مالكاً للعقار والشريك الواجب اختصامه ، وكان مجرد شراء المطعون عليه الأول لحصة المطعون عليه الثانى الارثية فى هذا العقار وقيامه بتسجيل صحيفة دعوى التعاقد لا يترتب عليه نقل الملكية إذا الملكية لا تنتقل إليه إلا بتسجيل الحكم الصادر فى الدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر يكون قد أخطأ فى القانون بما يستوجب نقضه" (نقض ١٩٦٠/٤/٢١ طعن ٢٨٣ س ٢٥ ق ) وبأنه " والبطلان المترتب على عدم تمثيل الشركاء فى دعوى القسمة أو عدم مراعاة الإجراءات الواجب تباعها بالنسبة للشركاء القصر هو بطلان نسبى لا يحق لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به ( نقض ١٩٦٦/٢/٢٤ طعن ١٩٤ س ٣٠ق) وبأنه " من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه إذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقا على إجراء القسمة بين الشركاء ، فإن المشترى فى هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى – ولا يكون له أى حق من حقوق الشركاء وبالتالى لا يلزم تمثيله فى القسمة ، ومتى تمت هذه القسمة بين الشركاء ، فإنها تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفا فيها ، ويترتب عليها فى حقه ما يترتب عليها فى حق المتقاسمين من إنهاء الشيوع وإعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه ، فإذا وقع القدر المبيع المقرز فى نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر ، وإن لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إليه البائع بطريق القسمة "( طعن رقم ١٤٠٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨١/١/٢٠) وبأنه " النص فى الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى على أنه إذا كان التصرف منصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا

الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة يدل على أن يبيع الشريك المشتاع لجزء مفرز من العقار الشائع قبل إجراء القسمة بين الشركاء لا يجيز للمشترى طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزا قبل إجراء القسمة ووقوع المبيع فى نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلا " وبأنه " بيع الشريك فى العقار الشائع قدراً مفرزاً قبل إجراء القسمة بين الشركاء لا يجعل المشترى – بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى – شريكا فى العقار الشائع ولا يكون له أى حق من حقوق الشركاء ولا يلزم تمثيله فى القسمة حتى لو سجل عقده قبل القسمة "( طعن رقم ٢١٢٣ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٥)

- **المال لحصة شائعة تحت شرط فاسخ** :

إذا كان أحد الشركاء يملك حصته الشائعة تحت شرط فاسخ جاز لهذا الشريك أن يرفع دعوى القسمة ، وإذا رفعها من الشركاء وجب إختصامه فيها ، ويجب فى جميع م الأحوال إختصام الشريك الذى يملك حصته الشائعة تحت شرط واقف ، سواء كان من رفع دعوى القسمة هو الشريك تحت شرط فاسخ أو كان غيره من الشركاء ، ولكن الشريك تحت شرط واقف لاي ملك أن يرفع هو دعوى القسمة ، لأنه لا يملك أن يقوم إلا بالأعمال التحفظية ورفع دعوى القسمة تخرج عن نطاق هذه الأعمال . (السنهورى ص٨٦٠)

- **عدم جواز الجمع بين دعوى القسمة ودعاوى الحيازة** :

سبق أن ذكرنا أن الشريك الحائز لجزء مفرز من المال الشائع يكون له الحق فى اللجوء لدعاوى الحيازة الحيازة لحماية حيازنخ ، وانه إذا رفع دعوى الحيازة ، وجب عليه الإستمرار فيها حتى يصدر لصالحه حكم فيها ، فإن بادر بعد رفع دعوى الحيازة ورفع دعوى القسمة ، سقط إدعاؤه بالحيازة ، كذلك الحال إذا وقع إعداء على حيازته وبادر برفع دعوى القسمة ، إمتنع عليه بعد ذلك رفع دعوى الحيازة ، بإعتبار أن التجاء الشريك لدعوى القسمة ، حين يقع إعتداء على حيازته يعد تسليما ضمنيا بحيازة خصمه وتنازلا عن الحماية التى قررها القانون لها بما يستتبع أن يكون هذا السقوط مترتبا على مجرد رفع دعوى القسمة ولو أعقبه ترك الخصومة فيها .

أما إذا رفع الشريك دعوى القسمة ، وبعد ذلك وقوع الإعتداء على حيازته ، فحينئذ يجوز له أن يرفع دعوى الحيازة مع قيام دعوى القسمة ( أنور طلبه ص٥٢٥) وسواء رفع هذا اشلريك دعوى الحيازة أو رفعت عليه ، إمتنع عليه ان يستند فيها على أصل الحق ، ويتوافر ذلك إذا رفعت دعوى القسمة منه أو عليه ، إذ تنص المادة ٤٤ من قانون المرافعات على أنه لا يجوز أن يجمع المدعى فى دعوى الحيزة بينها وبين المطالبة بالحق وغلا سقط إدعاؤه بالحيازة ، ولا يجوز أن يدفع المدعى عليه دعوى الحيازة بالإستناد إلى الحق ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل فى دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم اذلى يصدر فيها إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه ، ولا جوز الحكم فى دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه . (أنور طلبه ص٥٢٤)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " إذ كان القضاء فى دعوى قسمة المال الشائع هو حكم يؤثر فى الملكية وتترتب عليه حقوقه لان الهدف منها إما بيع المال الشائع بطريق المزايدة العلنية فى حالة عدم إمكان قسمته عينا أو إمكان ذلك بإحداث نقص كبير فى قيمته ثم قسمة الثمن الذى يرسو به المزاد على الشركاء ، وإما بقسمة المال إلى حصص أو التجنيب بما يستتبع أن يثبت كل شريك أصل ملكيته لحصته الشائعة فى هذا المال وتتسع معه هذه الدعوى بالتالى للفصل فى المنازعات التى قد تثور حول هذه الملكية وذلك على النحو اذلى بينته المادة ٨٣٨ ن القانون المدنى فإن مفاد ذلك أن الحكم فيها يقوم على ثبوت ملكية الشركاء لما يطلبون قسمته هذا المال مما تعد معه بهذه المثابة من قبيل المطالبه بالحق ، لما كان ما تقدم فإن رفع الشريك فى المال الشائع لهذه الدعوى يترتب عليه سقوط إدعائه بالحيازة والذى يكون قد أقام به الدعوى قبل رفعه دعوى القسمة " (نقض ١٩٩٥/١١/٩ طعن ٨٥٢ س٦١ق)

- **المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة** :

لقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٣٦ مدنى على أنه " إذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية " فقد جعل المشرع الإختصاص فى دعوى القسمة

للمحكمة الجزئية فالمحكمة الجزئية إذن هى المختصة بدعوى القسمة أيا كانت قيمة الأموال الشائعة التى يراد إقتسامها ، ولو زادت هذه القيمة على نصاب القاضى الجزئى ، والمحكمة الجزئية هى المختصة التى تقع فى دائرتها العقارات أو أكبرها قيمة ، فإن كان المراد قسمته منقولاً فالمحكمة الجزئية المختصة ى المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحد المدعى عليهم .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " يدل نص المادة ٨٣٨ من القانون المدنى على أن الشارع ناط بمحكمة المواد الجزئية إختصاصاً إستثنائياً بنظر دعوى قسمة المال الشائع أيا كانت قيمتها ويمتد إختصاصها إلى المنازعات المتعلقة بنكوين الحصص أما غير ذلك من المنازعات الأخرى فلا تختص به إلا إذا كان يدخل فى إختصاصها العادى ( جلسة ٢٠٠٥/١٢/١٣ الطعن رقم ٥٢٢٣ لسنة ٧٢ ق )

فالذى تختص به المحكمة الجزئية إذن هو النظر فى إفراز نصيبشريك فى المال الشائع ، بأن تعين خبيراً عند الإقتضاء لتكوين الحصص ، و إجراء القسمة العينية بمعدل أو بغير معدل ، وتقدير هذا المعدل إن وجد ، وتعيين نصيب كل شريك بطريق التجنيب أو بطريق الإقتراع ، وإعطاء كل شريك نصيبه المفرز ، وبإجراء القسمة بطريق التصفية إن تعذرتالقسمة العينية . وبيع المال الشائع فى المزاد العلنى وقسمة الثمن بين الشركاء . (السنهورى ص٨٦٣)

ولكن إذا أثارت دعوى القسمة منازعات بين الخصوم لا تدخل فى صميم القسمة وإجراءاتها أى لا تتعلق بتكوين الحصص ، مثل المنازعة فى اصل الملكية أو فى غير قدر الحصة الشائعة أو فى طبيعة الشيوع وما إذا كان عاديا أو إجباريا ، فأنها تخضع للقواعد العامة فى الاختصاص النوعى ، بحيث إذا كانت تخرج طبقا لهذه القواعد عن نصاب المحكمة الجزئية ، وتثبت المحكمة من جديثتها وتأثيرها فى دعوى القسمة ، وجب عليها " أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الإبتدائية ، وأن تعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها ، وتقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا فى تلك المنازعات .

- **ندب خبير لتقويم المال الشائع وقسمته** :

تقوم المحكمة عندما ترفع إليها دعوى القسمة بندب خبير أو أكثر إذا رأى وجهاً لذلك لإجراء القسمة . فقد نصت الفقرة الثالثة من الماة ٨٣٦ مدنى على أن

" وتندب المحكمة إن رأت وجهاً لذلك خيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان من المال يقبل القسمة عينا دون أني لحق نقص كبير فى قيمته " .

وبناء عليه إذا تبين أن المال الشائع لا يمكن قسمته عينا كان فرسا أو خاتماً أو سيارة ، أو تمكن قسمته ولكن بإحداث نقص كبير فى قيمته كأن كان دارا إذا قسمت طبقات أحدثت القسمة على هذا الوجه نقصا كبيراً فى قيمة الدار ، أو كان أرض أو بناء لو قسمت لأصبح كل قسم أو القسم الأصغر لا يصلح لبناء يستفاد منه إستفادة معقولة ، فإن المحكمة تنقضى بأن تكون القسمة بطريق التصفية .

والقسمة بطريق التصفية تكون ببيع المال الشائع بطريق المزايدة العلنية ، وقسمة الثمن الذى يرسو به المزاد على الشركاء كل بنسبة حصته فى المال الشائع ، وتصدر المحكمة الجزئية المرفوع أمامها دعوى القسمة حكماً بإجراء البيع بالمزايدة متى تحققت أن المال الشائع لا تمكن قسمته عيناً دون أن يلحق به نقص كبير فى قيمته ، وذلك أيا كانت قيمة هذا المال الشائع ولو جاوزت القيمة نصاب القاضى الجزئى ، فإن الحكم بإجراء البيع بالمزايدة نا يعتبر إجراء من إجراءات القسمة تختص ب المحكمة الجزئية كما سبق القول . (السنهورى ص٨٦٣)

أما إذا كانت قسمة المال الشائع عيناً ممكنه دون نقص كبير يلحق المال فى قيمته فإن الخبير سير فى إجراءات القسمة .

- **الحكم فى دعوى القسمة** :

تصدر المحكمة الجزئية المختصة حكما بالقسمة القضائية ويعرف هذا الحكم فى الحياة العملية بحكم الفرز والتجنيب وهذا الحكم يتعين تسجيله لدى مصلحة الشهر العقارى .

- **تسجيل حكم القسمة القضائية** :

بعد حصول طالب التسجيل على حكم القسمة القضائية السالف ، يتقدم بصورة رسمية منه لذات مأمورية الشهر العقاري الجزئية ، وتكون هذه الصورة مكتوبة على الورق الأزرق المدموغ المخصص ،للمحررات المشهرة ، ويستخدم هذا الورق على الوجهين ، ويستعمل في الكتابة الحبر الأسود ، ولكن يجوز أن يكون مشروع الحكم مكتوبا على ورق أبيض ذا هامش عريض ، ويتعين على طالب

التسـجيل أن ترفـق مـع مشـروع الحكـم المكتـوب علـى الـورق الأزرق جميـع المستندات التي تسلمها مع إخطار القبول ، والتي اعتمدت عليها مأمورية الشهر العقاري الجزئية المختصة عند مراجعة طلب التسجيل والتأشير عليه بالقبول للشهر ، وعلى وجه الخصوص الصورة المؤشر عليها من هذا الطلب . وعليه الالتزام بالبيانات الواردة بإخطار القبول ، وبيانات كشف التحديد المساحي دون إضافات تغير من مضمونها ، ودون خروج في بنود حكم الفرز والتجنيب على مقتضيات النظام العام أو الآداب العامة أو أحكام القانون .

- **قيام المأمورية بمراجعة الحكم على إخطار القبول للشهر** :

فقيل أن تقوم مأمورية الشهر العقاري الجزئية المختصة بالتأشير على مشروع حكم القسمة القضائية بصالح للشهر تقوم بالتثبيت من تضمين المشروع كافة البيانات الواردة في إخطار القبول المعتمد من المأمورية وبيانات كشف التحديد المساحي المستخرج من مكتب المساحة المختص ، ثم تؤشر عليه المأمورية بالصلاحية للشهر ، مع مراعاة عدم الكشط أو التحشير أو الإضافات غير المنوه عنها في ذيل المشروع ، وكذلك سد فراغات السطور للحيلولة دون أية إضافة ، بعد التأشير على مشروع الحكم بالصلاحية للشهر ، وقد نظمت تعليمات مصلحة الشهر العقاري طريقة التأشير على مشروعات المحررات بصلاحيتها للشهر على التفصيل الآتي: ١- يجب أن يذكر في أعلى مشروع المحرر رقم وتاريخ قيده (بدفتر أسبقية المشروعات) وعدد التصحيحات والإضافات الموجودة بالمحرر ، وعدد صفحاته بعد ترقيمها ، وعدد بنوده إن وجدت .

كما يذكر رقم طلب الشهر وتاريخ قيده (بدفتر أسبقية الطلبات) بالأرقام والحروف ، ورقم طلب الامتداد إن وجد ، ورقم اللوحة المساحية الكائن بها الأطيان الزراعية محل التعامل ، أو رقم الخريطة الخاصة بعقارات المدن أو البنادر ، ورقم استمارة التغيير إن وجدت ، ويتعين إثبات المرفقات الواجب إرفاقها ، وبيان نوع كل منها ، وجملة المرفقات بالأرقام والكتابة على هامش مشروع المحرر . ويجب التأشير على مشروع المحرر ، بما يفيد مراجعته مراجعة أولى ، ومراجعة ثانية ، وتوقيع الموظف المختص بإتمام كل مراجعة وتوقيعه توقيعا واضحا مقرونا باسمه بالكامل ، مع ذكر تاريخ المراجعة . ثم تختم هذه البيانات بختم (صالحا للشهر)

على أن يذيل الختم بتوقيع الموظف المختص الذي بعهدته الختم ، مسبوقا بعبارة (ختم بمعرفتي) .٢- يذكر على كل صفحة من صفحات مشروع المحرر رقم قيده (بدفتر أسبقية المشروعات) وتاريخه مسبوقا بكلمة (تبع) ، على أنه يذيل هذا البيان بتوقيع الموظف المختص الذي راجعه ، ثم يختم بخاتم الصلاحية للشهر .٣- يؤشر بختم (صالحا للشهر) مرتين في آخر المحرر ، المرة الأولى في أول السطر ، والمرة الثانية في آخر السطر .٤- يجب عدم ترك أية فراغات بمشروعات المحررات المعدة للشهر . كما يجب كتابة الأرقام بالحروف الهجائية بوضوح ، بما في ذلك بند الثمن . ٥- إذا لم يتسلم صاحب الشأن مشروع المحرر بعد التأشير عليه بختم (صالحا للشهر) خلال ثلاثة أيام ، تبادر مأمورية الشهر العقاري الجزئية المختصة بإرساله إليه مع المرفقات بالبريد على عنوانه الموضح في الطلب ، بكتاب موصى عليه بإخطار وصول .

- **استلام طالب التسجيل الحكم والمستندات المرفقة به من المأمورية وتقديمه لمكتب الشهر ليقوم تسجيله (بدفتر الشهر) وذلك بعد سداد رسوم التسجيل** :

بعد قيام مأمورية الشهر العقاري الجزئية المختصة بمراجعة حكم القسمة القضائية (حكم الفرز والتجنيب) على إخطار القبول للشهر ، واتضاح صدوره في ذات الدعوى السابق مراجعتها ، ووضع خاتم (صالحا للشهر) عليه . تعيد المأمورية الحكم والمستندات لطالب التسجيل ، لسداد رسوم التسجيل وتقديمه لمكتب الشهر العقاري الرئيسي بعاصمة المحافظة ، برقم أسبقية ، ليقوم المكتب الجانب الذي يختص به في عملية الشهر العقاري . فمجموعة الخطوات في عملية الشهر العقاري التي تختص بها المأمورية كالتأشير على طلب التسجيل باصطلاح (مقبولا للشهر) . بعد المراجعة القانونية به ، والتحديد المساحي للعقار محل القسمة القضائية ، ثم التأشير على مشروع حكم الفرز والتجنيب باصطلاح (صالحا للشهر) لا يمثل كل ذلك سوى المرحلة التمهيدية للتسجيل ولا شيء غير ذلك .

*وتنص المادة ٨٣٧ مدني على أن " يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية ، فإذا تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته .*

*وإذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا ، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه " .*

- **تكويـــن الحصــص** :

متى إستوفت دعوى القسـمة مقومـات قبولهـا ، أصـدرت المحكمـة الجزئيـة حكما تمهيديا بندب خبير أو لجنة من ثلاثة خبراء بحسب مقدار المال الشائع ، لتقويم هذا المال وقت البدء فى إجراءات القسمة ، وقسمته حصصا إن كان يقبل القسـمة عينـا دون أن يلحقـه نقـص كبيـر ودون أن يـؤدى ذلـك إلـى الإضـرار بأحـد الشـركاء ضـرراً جسـيما ، كمـا لـو كانـت الحصـة التى قـد يختص بهـا ضـئيلة يتعـذر الإنتفاع بها على أى وجه . ويبدأ الخبير مأموريته بتكوين الحصص على أساس أصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية . ( أنور طلبه ص٥٢٩)

كأن يكون بعض الشركاء هم الذين يريدون التخلص من الشيوع دون الآخرين ، فيفرز الخبير للأولين نصيبهم ويقسمه إلى حصص أو يجنب لكل شريك نصيبه . (السنهورى ص٨٦٦)

أما إذا تعذرت القسمة على هذا الأساس ، أجراها الخبير بطريق التجنيب سواء طلب الشـركاء ذلـك أم لـم يطلبـوا ، إذ تـتم القسـمة القضـائية بـأى مـن الطـرق التى حددها القانون دون حاجة لموافقة الشركاء ، وبالتالى يجوز للمحكمة إجراء القسـمة وفقـا لأصـغر حصـة ، أو بطريـق التجنيـب ، أو بطريـق التصـفية ببيـع المـال الشـائع ، لكـن إذا رفعـت الـدعوى لقسة المـال الشـائع بطريق التجنيب ، ولـم يعترض أى مـن الشركاء وكانت القسمة بالتجنيب ممكنة التزمت المحكمة إجرائها بهذا الطريق أما إذا اعتـرض الـبعض علـى التجنيـب أو كـان التجنيـب غيـر ممكـن ، جـاز للمحكمـة إجراء القسـمة بـأى مـن الطـرق السـابقة حسـبما يسـفر عنـه تقريـر الخبيـر ويتفـق مـع مصلحة جميع الشركاء . (أنور طلبه ص٥٣٠)

وسواء قسم الخبير المال إلى حصص أو جنب نصيب كل شريك مفرزاً ، فقد يقتضى الأمر أن يلجأ الخبير لى تحديد معدل يكل بعض الحصص الناقصة فى حالة التقسيم إلى حصـص ، او يكمـل نصيب الشريك المفرز فى حالة التجنيـب ، وبيـان ذلـك ان الخبيـر قـد لا يـتمكن فـى تقسـيم المـال إلـى حصـص ، ان يجعـل هـذه الحصص متساوية تماماً ، فيلجأ إلى جعل الحصص متساوية بقدر الإمكان ، وإذا اضطر إلى تحديد حدى هذه الحصص أكبر من حصة أخرى ، قدر مبلغاً من النقود

تدفعه الحصة الكبرى إلى الحصة الصغرى حتى تتعادل الحصتان ، ولذلك سمى هذا المبلغ من النقود بالمعدل ، كالمعدل فى المقايضة فمن يقع من الشركاء ى نصيبه الحصة الكبرى بطريق القرعة كما سيأتى ، يصبح مديناً بهذا المعدل لمن يقع فى نصيبه الحصة الصغرى ، وبذلك يتساوى صاحب الحصة الصغرى مع صاحب الحصة الكبرى ، وإذا لم يمكن تقسيم لمال إلى حصص ولو بمعدل على الوجه المذكور ولجأ الخبير إلى التجنيب فقط يضطر هنا أيضا ، عند تحديد أنصبة الشركاء مفرزة إلى تحديد نصيب أحد الشركاء بأقل مما يستحق وتحديد نصيب شريك آخر أكثر مما يستحق فعلته ذلك يقدر مبلغاً من النقود يتعادله النصيبان ويصبح صاحب النصيب الأكبر مدينا بهذا المعدل لصاحب النصيب الأصغر. (السنهورى ص٨٦٨ وما بعدها )

والعبرة فى تحديد قيمة المال بوقت إجراء القسمة لا بوقت رفع دعوى القسمة ولا بوقت بدء الشيوع ومتى جنب الخبير حصة كل شريك بمعدل أو بدون معدل ، قضت المحكمة بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " إذا كانت المحكمة قد ندبت الخبير لفرز وتجنيب نصيب المدعيين – طالبى القسمة والخصم الثالث الذى انضم إليهم بينما لم يطلب أحد من المدعى عليهم فرز وتجنيب نصيب له فلا تثريب لى الخبير إذا قام بفرز وتجنيب نصيب المدعيين وأبقى المدعى ليهم فى الشيوع ( نقض ١٩٥٦/٥/٣١ طعن ٣٨٥ س ٢٢ ق) وبأنه "كانت نصوص القانون المدنى القديم تقضى بأن القسمة بين الشركاء يجب أن تجرى أصلا بطريق القرعة إلا إذا وافق الشركاء على غجرائها بطريق التجنيب ، فإن تعذر الأمران – إجراء القسمة على أصغر نصيب تمهيداً للقرعة واتفاق الشركاء على القسمة بالتجنيب ، وجب بيع العقار لعدم إمكان قسمته – ولكن هذه النصوص فى أن القرعة هى الأساس وأنه يجوز إجراء القسمة بطريق التجنيب ذا اتفق على ذلك الشركاء إلا أن النصوص تختلف فى حالة تعذر القسمة على أصغر نصيب تمهيداً لإجراء القرعة فالقانون القديم ما كان يبيح التجنيب بغير رضاء الشركاء بينما يبيح القانون الحالى ذلك (نقض ١٩٥٦/٥/٣١ طعن ٣٨٥ س٢٢ق ) وبأنه " إذا وافق أحد الشركاء أمام

محكمة أول درجة على إجراء القسمة بطريق التجنيب فلا يجوز له أن يرجع أمام محكمة ثاني درجة في هذا ويطلب جراء القسمة بطريق القرعة ( نقض ١٩٥٦/٥/٣١ طعن ٣٨٥ س ٢٢ق )

*وتنص المادة ٨٣٨ مدني على أن " تفصل المحكمة الجزئية في المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص وفي كل المنازعات الأخرى التي تدخل في اختصاصها .*

*فإذا قامت منازعات لا تدخل في اختصاص تلك المحكمة كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الإبتدائية ، وأن تعين لهم الجلسة التي يحضرون فيها وتقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا في تلك المنازعات " .*

- **المنازعات التي تختص بها المحكمة الجزئية** :

لقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٣٨ مدني على أن " تفصل المحكمة الجزئية المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص وفي كل المنازعات الأخرى التي لدخل في اختصاصها " ، فيتضح من نص هذه الفقرة " أن المحكمة الجزئية تختص مهما كانت قيمة الدعوى بالفصل في المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص ، كما إذا طعن أحد الشركاء على تقرير الخبير بأن الحصص غير متساوية أو أن المعدل أكثر أو أقل مما يجب وتفصل المحكمة في ذلك مراعية قيمة المال وقت القسمة لا وقت نشوء الشيوع أو رفع دعوى القسمة ، وقد تنطوى لمنازعة على وجود طريقة للقسمة أفضل من الطريقة التي اتبعها الخبير ، ويلحق بالمنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص المنازعات المتعلقة بتجنيب أنصبة الشركاء ، فقد يدعى أحد الشركاء أن النصيب المفرز الذى جنبه له الخبير أقل مما يستحق ، أو أن هناك طريقة أفضل لتجنيب الأنصبة ، فتكون المنازعات المتعلقة بتجنيب أنصبة الشركاء هي أيضا من إختصاص المحكمة الجزئية تفصل فيها ولو زادت قيمة النصيب على نصاب القاضي الجزئي ، وسواء تعلقت المنازعات بتكوين الحصص أو بتجنيب أنصبة الشركاء ، فإن المحكمة الجزئية عندما تفصل فيها ، وتكون قيمتها مما يجوز ستئنافه أمام المحكمة الإبتدائية التي تتبعها المحكمة الجزئية ، جاز لذى الشأن من الشركاء أن يستأنف حكم القاضي الجزئي أمام المحكمة الإبتدائية ، ولا ترجع المحكمة الجزئية إلى متابعة أعمال القسمة إلا بعد أن تصدر أحكام نهائية في جميع هذه المنازعات ، ولكن هناك منازعات لا تتعلق بتكوين الحصص و بتجنيب الأنصبة .

ومن أمثلة هذه المنازعة أصل ملكية الشريك لحصته الشائعة وما يقوم حول ذلك من منازعات بين الشركاء ، كأن يدعى أحد الشركاء أن شريكاً آخر داخلا فى دعوى القسمة لا يملك شيئا فى المال الشائع ويجب إستبعاده من دعوى القسمة ، ومن أمثلة هذه المنازعات أيضا تعيين حصة الشريك فى المال الشائع ، كأن ينازع أحد الشركاء شريكاً آخر فى مقدار حصته فيدعى مثلاً أنها الربع بدلاً من الثلث ، وقد تثور منازعات تتعلق بتصرف الشريك فى حصته فيدعى أحد الشركاء مثلا أن شريكاً آخر قد تصرف فى حصته لأجنبى فلا يحق له الدخول فى القسمة كل هذه المنازعات التى لا تتعلق بتكوين الحصص ، بعضها يكون بحسب قواعد الإختصاص من إختصاص المحكمة الجزئية التى تنظر دعوى القسمة وبعضها يكون من إختصاص المحكمة الإبتدائية لأن قيمتها تجاوز نصاب القاضى الجزئى ، فإذا أثر شريك امام المحكمة الجزئية منازعة من هذه المنازعات وكانت هذه المنازعة من إختصاص القاضى الجزئى فصلت المحكمة الجزئية فيها وإذا كان الحكم قابلاً للإستئناف إستأنفه ذو الشأن من الشركاء أمام المحكمة الإبتدائية ، وإذا انت المنازعة التى أثارها الشريك هو من إختصاص المحكمة الإبتدائي كان على المحكمة أن توقف دعوى القسمة وأن تحيل كالخصوم إلى المحكمة الإبتدائية كان على المحكمة الجزئية أن توقف دعوى القسمة وأن تحيل الخصوم إلى المحكمة الإبتدائية ، مع تحديد الجلسة التى يحصرون فيها أمام المحكمة ، مستعينة فى ذلك بالبيانت التى تحصل عليها من قلم كتاب المحكمة الإبتدائية ،

وتبقى دعوى القسمة موقوفة أمام المحكمة الجزئية إلى أن تفصل المحكمة الإبتدائية . ومن بعدها محكمة افستئناف حتى يكون الفصل نهائياً فى المنازعات التى أحالتها المحكمة الجزئية أو إلى أن تفصل المحكمة الإبتدائية نهائيا فى الإستئناف الذى رفع إليها من الحكم الصادر من المحكمة الجزئية فى المنازعات التى تختص هذه المحكمة بالفصل فيها على ما قدمنا . (السنهورى ص٨٧٠ وما بعدها)

وللمحكمة الجزئية تقدير مدى جديدة المنازعة التى تثار عند نظر دعوى القسمة ، سواء كانت مما تختص به أو كانت خارجة عن إختصاصها النوعى ، حتى تقضى

بوقف دعوى القسمة ، أو أنها ليست جدية فتطرحها جامبا دون حاجة إلى إصدار حكم فى شأنها ، وتستمر فى نظر دعوى القسمة ، فإن هذا القضاء يتضمن رفضا ضمنيا للمنازعة وليس إغفالاً لها ، مما كان يوجب وقف دعوى القسمة تعليقا على الفصل فى المنازعة ، ويتعين لذلك استئناف حكم القسمة وطلب الغائه ووقف دعوى القسمة ، والفصل فى المنازعة أن كانت مما يختص بها القاضى الجزئى ، إذ ينقل الإستئناف الدعوى إلى المحكمة الإستئنافية ، التى يتعين عليها إجراء القسمة بعد قضائها فى المنازعة ، فإن كانت المنازعة تختص بها المحكمة افبتدائية ، طلب المستأنف إحالتها لهذه المحكمة منعقدة بهيئة إبتدائية ، فلا تملك المحكمة التى تنظر الإستئناف التصدى لها طالما أنها منعقدة بهيئة استئنافية . (أنور طلبه ص٥٣٥)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " متى كان النزاع الذى أثير فى الدعوى أمام محكمة القسمة يدور حول طبيعة الشيوع فى السلم المشترك ، وما إذا كان هذا اشيوع عادياًأو إجبارياً وحول تحديد نطاق الصلح المعقود بين الطرفين بشأن هذا السلم ، فهو بهذه المثابة نزاع لا يتعلق بتكوين الحصص ، ويخرج بحسب قيمته من إختصاص قاضى المواد الجزئية نوعياً إذا كانت قيمة السلم المتنازع عليه –كما قررها الخبير المنتدب فى دعوى القسمة وباتفاق الطرفين – تجاوز نصاب تلك المحكمة مما كان يتعين معه أن تحيل هذا النزاع إلى المحكمة الإبتدائية للفصل فيه عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٨٢٨ مدنى وإذ هى لم تفعل فإنها تكون قد جاوزت إختصاصها وخالفت القانون ( نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٦ص ١٠٤ ) وبأنه " النص فى المادة ٨٣٨ من القانون المدنى يدل أن المشرع جعل الإختصاص بنظر دعوى القسمة للمحكمة الجزئية أيا كانت قيمة الأموال الشائعة التى يراد إقتسامها ، فإذا أثيرت منازعات لا تتعلق بإجراءات القسمة ، إنما بأصل ملكية الشريك أو بمقدار حصته الشائعة ، فإن الفصل فيها يكون للمحكمة المختصة وفقا للقواعد العامة ، فإذا كانت من إختصاص المحكمة الجزئية تولت هذه المحكمة الفصل فيها وإذا تجاوزت المنازعة اختصاص المحكمة المذكورة فعليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الإبتدائية المختصة وأن تحدد لهم

الجلسة التى يحضرونها فيها وتوقف دعوى القسمة إلى ان يفصل نهائيا فى تلك المنازعات ( جلسة ١٩٧٦/٦/١٥ مجموعة أحكام النقض س٢٧ ص١٣٥٨) وبأنه " مفاد نص المادتين ٨٣٨ فقرة أولى و ٨٤١ من القانون المدنى والمادة ٤٣ من قانون المرافعات أن المحكمة الجزئية تختص نوعيا بالفصل فى كافة المنازعات المتعلقة بتكوين حصص الشركاء فى المال الشائع وذلك بتقويمه وقسمته حصصا فإذا ما تحققت من عدم إمكان قسمته عينا أو أن من شأن ذلك إحداث نقص كبير فى قيمته فأنها تصدر حكما بإجراء بيع المال بالمزايدة (نقض ١٩٩٦/٦/١١ طعن ٢٣١١ س٦١ق ، ١٩٩٢/٤/١٢ ١٢٥١ س ٥٢ق ، ١٩٩٠/١/٢٥ طعن ٧٤ س ٥٧ق،١٩٨٨/٤/١٧ طعن ٧١٩ س٥٢ق) وبأن " مؤدى نصوص المواد ١/٨٣٦ ٨٣٨ من القانون المدنى ٤٣ من قانون المرافعات أن المحكمة الجزئية هى المختصة وحدها بنظر طلب القسمة وأن ارتباط هذا الطلب بمنازعات أخرى لا تتعلق بتكوين الحصص وتجنيبها ليس من شأنه أن يسلب لمحكمة الجزئية اختصاصها بنظره إذ أوجب المشرع فى هذه الحالة إحالة تلك المنازعات – التى لا تدخل فى اختصاص محكمة المواد الجزئية – دون غيرها إلى المحكمة الإبتدائية وأن توقف نظر طلب القسمة وإبقائه معلقاً أمامها إلى حين الفصل فى المنازعات الأخرى المحالة إلى المحكمة الإبتدائية – ولا ينال من ذلك أن تكون المحكمة الإبتدائية هى المحكمة ذات الإختصاص العام فى النظام القضائى وأن اختصاصها يمتد إلى ما عساه أن يكون مرتبطاً به من طلبات أخرى مهما تكن قيمتها أو نوعها ذلك أن طلب القسمة يخرج بذاته عن نطاق اختصاص المحكمة الإبتدائية ولو كان مرتباطا بأنزعة أخرى تدخل فى اختصامها بما لا يجوز معه إحالة طلب القسمة إلى المحكمة الإبتدائية لنظره مع طلب آخر ولا يجوز بالتالى رفع الدعوى به ابتداء أمام تلك المحكمة لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاء برفض الدفع بعدم اختصاص المحكمة بطلب القسمة على أن هذا الطلب يرتبط بطلب الريع المطروح أمام المحكمة الإبتدائية فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه فى هذا الخصوص ( نقض ١٩٩٢/٤/١٢ طعن ١٢٥١ س٥٢ق) وبأنه " لمحكمة الموضوع تقدير ما إذا كانت المنازعة فى دعوى القسمة جدية ومؤثرة على الدعوى

حتى توقف السير فيها أو انها ليست كذلك فتطرحها جانبا وتسير فى الدعوى (نقض ١٩٥٦/٥/٣ طعن ٣٨٥ س ٢٢ق ) وبأنه " التمسك بوجوب وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا فى الملكية هو من شأن الخصم الذى نازع فى هذه الملكية ولا صفة لغيره من الخصوم فى التحدى به (نقض ١٩٥٦/٥/٣١ طعن ٣٨٥ س ٢٢ق) وبأنه " تقدير جدية المنازعة فى الملك المثار فى الدعوى القسمة هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية التى لا رقابة عليها فيها لمحكمة النقض مادامت تقيم قضاءها على اعتبارات واقعية مقبولة وأسباب سائغة ( نقض ١٩٥٥/١١/٢٤ طعن ٢٢٠ س ٢٢ق ) وبأنه " لقاضى القسمة تقدير جدية المنازعة فى الملك التى تثار أمامه حتى لا يصده ذلك عن ممارسة اختصاصه . وهذا التقدير يقتضى حتما بحث أوجه المنازعة ووزن أسانيدها لا للفصل فى موضوعها وإنما للوصول إلى قرار بتأجيل الفصل فى القسمة أو للسير فى إجراءاتها ( نقض ١٩٥٥/١١/٢٤ طعن ٢٢٠ س ٢٢ق)

**كذلك قضت بأن** " النص فى الفقرة الولى من المادة ٨٣٦ من القانون المدنى والنص فى المادة ٨٣٨ من هذا القانون يدل على أن الشارع ناط بمحكمة المواد الجزئية إختصاصاً إستثنائياً بنظر دعوى قسمة المال الشائع أيا كانت قيمتها ويمتد إختصاصها إلى المنازعات بتكوين الحصص أما غير ذلك من المنازعات الأخرى فلا تختص بها إلا إذا كان يدخل فى إختصاصها العادى ، فإذا ما أثيرت فى دعوى القسمة منازطعاة لا تتعلق بتكوين الحصص وتخرج عن الإختصاص العادى للمحكمة للمحكمة الجزئية وجب عليها إن رأت جديتها أن توقف دعوى القسمة لحين الفصل نهائياً فى هذه المنازعة ، وهى لا تكتفى فى ذلك بإصدار حكم بالوقف بل ينبغى أن يكون الحكم مقروناً بإحالة المنازعة إلى المحكمة الإبتدائية المختصة بنظرها وأن تعين للخصوم الجلسة التى يحضرون فيها مما يستتبع أن تكون الدعوى بتلك المنازعة قد رفعت أمام المحكمة الإبتدائية وإتصلت بها قانوناً بمقتضى هذه الإحالة دون حاجة لأن يسلك الخصوم الطريق العادى لرفع الدعاوى المنصوص عليه فى المادة ٦٣ من قانون المرافعات إذ قد إستثنت هذه المادة بصريح نصها من إتباع هذا الطريق ما ينص عليه القانون من سبيل آخر لرفع الدعاوى ، لما كان ذلك وكان

الثابت من الأوراق أن المنازعة التى أثيرت فى دعوى القسمة على ملكية العقار قد إحيلت إلى محكمة قنا الإبتدائية للفصل فيها إعمالا لحكم المادة ٨٣٨ من القانون فإن الدعوى بهذه المنازعة تكون قد رفعت وإتصلت بها تلك المحكمة على نحو يتفق وصحيح القانون . ( جلسة ١٩٩٠/٢/٢٥ الطعن رقم ٧٤ لسنة ٥٧ق) وبأنه " قول الحكم بأن الفصل فى القسمة لا يكون إلا بعد الفصل نهائيا فى المنازعات القائمة بشأن الملكية ، وإستناده فى القضاء بوقف دعوى القسمة إلى نص المادة ٢٩٣ من قانون المرافعات – السابق – التى لا يكون وقف السير فى الدعوى بالتطبيق لها إلا إذا كانت المسألة الأولية التى رأت المحكمة تعليق حكمها على الفصل فيها خارجة عن إختصاصها الوظيفى أو النوعى ، كل ذلك يفيد أن المحكمة الجزئية رأت أنها غير مختصة بنظر النزاع بشأن الملكية ، وأن قضاء المحكمة الجزئية بوقف السير فى دعوى القسمة إنما بنى على عدم إختصاصها بنظر هذا النزاع ، وبذلك تضمن قضاء ضمنيا بعدم الإختصاص ، وإلا فلو أنها رأت نفسها مختصة بنظر هذا النزاع لفصلت فيه ولما لجأت لوقف السير فى الدعوى حتى يفصل فيه من محكمة أخرى ، ذلك أن المادة ٨٣٨ من القانون المدنى تلزم المحكمة الجزئية المطلوب منها إجراء القسمة بالفصل فى كل المنازعات التى تدخل فى إختصاصها ولا تجيز لها أن توقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا فى تلك المنازعات إلا إذا كانت خارجة عن إختصاصها ( نقض ١٩٦٧/٣/١٦ طعن ٢٣٢ س ٣٣ق ، نقض ١٩٨٥/١٢/١٩ طعن ٨٠ س ٥١ق) وبأنه " مفاد نص المادتين ١/٨٣٦ ، ٨٣٨ من القانون المدنى يدل على أن الشارع ناط بمحكمة المواد الجزئية اختصاصا استثنائياً بنظر دعوى قسمة المال الشائع أيا كانت قيمتها ويمتد اختصاصها إلى المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أما غير ذلك ن المنازعات الأخرى فلا تختص به إلا إذا كان يدخل فى اختصاصها العادى ، فإذا ما أثير فى دعوى القسمة منازعة لا تتعلق بتكوين الحصص وتخرج عن الاختصاص العادى للمحكمة الجزئية وجب عليها إن رأت جديتها أن توقف دعوى القسمة لحين الفصل نهائيا فى هذه المنازعة وهى لا تكفى فى ذلك بإصدار حكم بالوقف بل ينبغة أن يكون الحكم مقروناً بإحالة المنازعة إلى المحكمة الإبتدائية المختصة بنظرها وأن

تعين للخصوم الجلسة التى يخضرون فيها بما يستتبع أن تكون الدعوى بتلك المنازعة قد رفعت أمام المحكمة الإبتدائية واتصلت بها قانوناً بمقتضى هذه الإحالة دون حاجة لأن يسلك الخصوم الطريق العادى لرفع الدعاوى المنصوص عليها فى المادة ٦٣ من قانون المرافعات ذ استثنت هذه المادة بصريح نصها من اتباع هذا الطريق ما ينص عليه القانون من سبيل آخر لرفع الدعاوى . إذا كان الثابت من الأوراق أن الطاعن آثار أمام المحكمة الجزئية المنازعة بشأن ملكيته لكامل عقار التداعى بالتقادم المكسب فأحالت المحكمة الجزئية هذا النزاع لمحكمة طنطا الإبتدائية المختصة قيمياً بنظرها ومنها أحيلت إلى مأمورية المحلة الكبرى الإبتدائية للفصل فيها إعمالا لمادة ٨٣٨ من القانون المدنى فإن الدعوى بهذه المنازعة – وعلى هذا النحو – تكون قد رفعت واتصلت بها تلك المحكمة الأخيرة على نحو يتفق وصحيح القانون ، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة الصحيحة فإنه لا جدوى بعد ذلك من تعيبه فيما أورده من تقريرات خاطئة ويضحى النعى بهذا السبب غير منتج " (طعن رقم ١٥٠١ لسنة ٥٦ق – جلسة ١٩٩٣/٤/٤) وبأنه " تصدى الحكم للفصل فى مدى ثبوت حق المطعون ضده فى حصة الميراثية فى تركه مورثه بعد أن نازعه الطاعنين فى شأنها تمهيداً للفصل فى الدعوى الأولى المقامة منه أمام المحكمة الجزئية بشأن القسمة وخلص إلى ما أنتهى إليه من قضاء فى هذا الشان بثبوت حقه فى حصته الميراثية فلا يكون قد قضى له بما لم يطلبه " (الطعن رقم ١٣١٢ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٦/٣/١٣)

*وتنص المادة **٨٣٩** مدني على أن " متى انتهى الفصل فى المنازعات وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب ، أصدرت المحكمة الجزئية حكما بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه .*

*فإذا كانت الحصص لم تعين بطريق التجنيب تجرى القسمة بطريق الإقتراع وتثبت المحكمة ذلك فى محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز " .*

- **إعطاء كل شريك نصيبه المفرز فى حالة القسمة بطريق التجنيب** :

رأينا أن المادة ٨٣٩ من القانون المدنى قد نصت على أنه " ١– متى انتهى الفصل فى المنازعات وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب أصدرت المحكمة

الجزئية حكماً بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه . ٢- فإن كانت الحصص لم تعين بطريقة التجنيب ، تجرى القسمة بطريق الإقتراع وتثبت المحكمة ذلك فى محضرها ، وتصدر حكماةً بغعطاء كل شريك نصيبه المفرز" مفاده أنه متى أنتهت المحكمة الجزئية من الفصل فى المنازعات التى أبداها الشركاء فى تكوين الحصص ومتى فصلت المحكمة افتدائية نهائياً فى النزاع على الملكية فإن هذه المنازعات تكون قد حسمت ويكون لكل ذى مصلحة من الخصوم تعجيل دعوى القسمة من الوقف وتمضى المحكمة فى نظر الدعوى لتقضى بإطعاء كل شريك نصيبه المفرز .

ويجب هنا التمييز بين قرضين إما أن يكون كل شريك قد عين بطريق التجنيب ، أو أن يكون المال المراد قسمته قد قسم إلى حصص ففى الفرض الأول تعين نصيب كل شريك مفرزاً فى المال الشائع بطريق التجنيب ، لا يبقى أمام المحكمة الجزئية إلا أن تصدر حكماً بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه ، وقد يلتزم أحد الشركاء بدفع معدل إلى شريك آخر أو أكثر على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم . وفى الفرض الثانى : والمال المراد قسمته قد قسم إلى حصص يجب توزيع هذه الحصص بين الشركاء كل بقدر نصيبه ، ولما كانت الحصص بالذات التى تقع فى نصيب كل شريك غير معروفة . فإن توزيعها يكون بطريق القرعة ، فإن كانت الحصص ثمانية وكان لشريك حصة واحدة ولآخر ثلاث ولشريك ثالث أربع أعطى الأول حصة والثانى ثلاث وللثالث أربع ويكون ذلك بإعطاء كل حصة رقما وتكتب ثمان ورقات من ١ إلى ٨ وتطبق بحيث لاي عرف رقم كل ورقة ثم يختار الشريك الأول ورقة واحدة والثانى ثلاث ورقات والثالث أربع ورقات فيستحق كل شريك الحصة ذات الرقم الثابت الورقة التى أختارها ولو ترتب على ذلك أن تفرقت حصة الشريك ولكن للشركاء بعد القرعة الاتفاق على البدل بمعدل أو بدون ، ومتى تمت القرعة أثبتت المحكمة إجراءاتها بمحضر الجلسة ثم تقضى بتحديد حصة كل شريك ( أنور طلبه ص٥٤٠) ولا يقتصر أثر الحكم بتوزيع الحصص على تسليم كل شريك نصيبه المفرز الذى آل إليه بل يتناول أيضا تسليم مستندات الملكية المتصلة بالأموال التى وقعت فى نصيب كل شريك ونرى مما تقدم أن دعوى القسمة ، فى

مرحلتها الثالثة ، تنتهى إلى حكم بالقسمة يعين النصيب المفرز الذى آل إلى كل شريك ، وحكم القسمة هذا يختم دعوى القسمة ، إذا لم يكن بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية وليس له ولى شرعى ، أما إذا وجد بين الشركاء أحد من هؤلاء ، فلابد من المضى القسمة إلى مرحلتها الرابعة والأخيرة وهى مرحلة التصديق على حكم القسمة.(السنهورى ص٨٢٧)

*وتنص المادة ٨٤٠ مدني على أن " إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا وذلك وفقا لما يقرره القانون " .*

- **التصديق على حكم القسمة إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من هو غير كامل الأهلية :**

رأينا أن المادة ٨٤٠ من التقنين المدنى قد نصت على أنه " إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً ، وذلك وفقاً لما يقرره القانون " .

مفاد ذلك فى فى حالة صدور حكم القسمة وكان بين الشركاء وغائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية تعين تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً ، ولما صدر قانون الولاية على المال فى سنة ١٩٥٢ ، أى بعد العمل بالتقنين المدنى الجديد ، وكان المفروض أن يساير هذا القانون التقنين المدنى وتتسق لأحكام فى كل منهما ، وقع إتساق يستوقف النظر ، ذلك ان المادة ٨٤٠ من قانون الولاية على المال فى الفقرات الثانية والثالثة والرابعة والخامسة منها ، نصت على ما ياتى " فى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الإبتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة ألأموال إلى حصص ، ولهذه المحكمة ، عند الإقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة لذلك ، إذا رفضت التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم ، ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدرة المحكمة بوصفها محكمة إستئنافية بتكوين الحصص ، ولا شك فى أن هذا النص صريح أن الذى تصدق عليه المحكمة ، ليس هو الحكم بالقسمة وهو فى مرحلته النهائية كما نصت على ذ لك

صراحة المادة ٨٤٠ مدنى ، بل هو قسمة الأموال إلى حصص أى القسمة فى مراحلها الأولى ويكون قانون الولاية على المال قد عدل بذلك عن مسايرة المادة ٨٤٠ من التقنين المدنى الجديد ، إلى مسايرة المادة ٥٥٢/٤٥٦ من التقنين المدنى السابق ، والغريب بعد ذلك أن تقول المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال " وتضيف المادة ذاتها ( م ٤٠ من قانون الولاية على المال ) .. أنه فى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة أفبتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص وأن لهذه المحكمة ان تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لهذا الغرض عند الإقتضاء . وعلى ذلك يجب القول إنه فى حالة تقسيم المال إلى حصص ، إذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية وليس له أب ، يتعين أن تصدق المحكمة الإبتدائية التى تتبعها محكمة القسمة لا على الحكم بالقسمة فى مرحلته النهائية بل على قسمة المال إلى حصص ، وللمحكمة عند الإقتضاء أن تدعو الشركاء ومعهم النائب عن المحجور لسماع أقوالهم ، ولها أن ارفض ما اقرته المحكمة الجزئي ( محكمة القسمة) من قسمة المال إلى حصص ، وأن تعين أسساً لأخرى تراها أصلح لقسمة المال إلى حصص ، وإذا قامت منازعة فى شأن تكون الحصص ، وفصلت فيها المحكمة الجزئية ، واستؤنف حكمها أمام المحكمة الإبتدائية ( أى نفس المحكمة التى تصدق على قسمة المال إلى حصص ) فمن البديهى أن حكم المحكمة الإبتدائية الصادر فى هذا افستئناف يقوم مقام التصديق على قسمة المال إلى حصص إذا تكون المحكمة بوصفها محكمة إستئنافية قد نظرت نفس المسألة التى كانت تنظرها بوصفها محكمة التصديق .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " النص فى المادة الرابعة من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال أن " يقوم الولى على رعاية أموال القاصر وله إداراتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الحكام المقررة فى هذا القانون ، وفى المادة ٤٠ منه على أن " على الوى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى ..." يدل مع خلو نص هذا القانون من قيد مماثل بالنسبة للولى فى مجال القسمة ، على أن للولى أن يجرى القسمة بالتراضى على أولاده القصر دون حاجة

لإستئذان محكمة الأحوال الشخصية أو الخصوم على موافقتها على مشروع تلك القسمة .( جلسة ١٩٨٥/١١/٦ الطعن رقم ٧٠٢ لسنة ٥١ق) وبأنه " مؤدى نص المادة ١١٨ من القانون المدنى أن نيابة الوصى هى نيابة قانونية ينبغى أن يباشرها فى الحدود التى رسمها القانون ، وكان النص فى المادة ٨٣٥ من ذات القانون على أن للشركاء إذا إنعقد إجماعهم أن يقتسموا المال بالطريقة التى يرونها فإذا كان بنهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون وفى المادة ٤٠ من المرسوم بقانون ١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال أن " على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كان له مصلحة فى ذلك فإذا أدنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الإتباع وعلى الموصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها " يدل – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – على أن إجراء القسمة بالتراضى جائز ، ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية شريطة أن يحصل الوصى على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد إتمامه حتى يصبح نافذا فى حق ناقص الأهلية (جلسة ١٩٩٠/١٢/١٦ الطعن رقم ٥٤٢٠ لسنة ٥٧ق ، جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٠ الطعن رقم ٢٠٤٨ لسنة ٥٢ق) هذا إذا جرت القسمة عن طريق قسمة المال إلى حصص أما إذا جرت القسمة عن طريق التجنيب لا يقسم المال إلى حصص فيرى البعض أنه لما كان ما يقابل قسمة المال إلى حصص فى القسمة بالإقتراع هو تجنيب أنصبة الشركاء فى قسمة التجنيب فإنه التصديق على تجنيب أنصبة اشلركاء قياساً على التصديق على قسمة المال إلى حصص ، ولما كان تجنيب أنصبة الشركاء يختلط من الناحية العملية بحكم القسمة ولا يفصل بينهما الإقتراع كما هو فى الأمر فى قسمة المال إلى حصص ، فإنه يصح من الناحية العملية دائما أنه فى حالة القسمة عن طريق التجنيب بصدق المحكمة الإبتدائية على حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية بتجنيب أنصبة الشركاء . (السنهورى ص٨٧٨)

*وتنص المادة ٨٤١ مدني على أن " إذا لم تمكن القسمة عينا ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، ببيع هذا المال بالطريقة المبينة في قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع" .*

- **قسمة المال الشائع بطريق التصفية :**

وتنص المادة ٨٤١ من القانون المدنى على أنه إذا لم تمكن القسمة عيناً أو كان من شانها إحداث نقص كبير فى قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطريقة المبينة فى قانون المرافعات وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع ، مما مفاده أنه إذا تبين للقاضى الجزئى المختص بنظر دعوى القسمة ، أن العقار المملوك على الشيوع تتعذر قسمته عيناً كما لو كان مصنعاً أو مسكناً مشتركاً ، أو أن القسمة العينية سوف تؤدى إلى نقص كبير فى قيمته أو تؤدى إلى الإضرار الكبير بصاحب أصغر حصة إذا خصصت له مساحة ضئيلة يتعذر الانتفاع بها ، فإن القاضى يحكم فى دعوى القسمة بإجراء تصفية العقار بالبيع بالمزاد ويكلف المدعى بتخاذ إجراءات التصفية خلال أجل يحدده بالحكم ويأذن بذلك لأى من الشركاء إذا انقضى هذا الأجل دون اتخاذها ، فيقوم الشريك بتعجيل دعوى القسمة أمام ذات المحكمة بموجب صحيفة تعجيل تعلن لباقى الشركاء ويحدد بها قلم الكتاب جلسة تتفق وتاريخ الجلسة المحدد لنظر الإعتراضات التى قد تقدم ليحكم فيها القاضى ، فإن لم تقدم اعتراضات ، سقطت تلك الجلسة وتعين تأجيل الدعوى إلى الجلسة المحددة بالقائمة لإجراء المزايدة . (أنور طلبه ص٥٥٠)

تبين لنا أن قسمة التصفية ليست إلا طريقا إحتياطيا لإجراء القسمة ، بحيث لا يحل الإلتجاء إليها إلا عند تعذر سرك الطريق الأصلى وهو طريق القسمة العينية ، ويكفى تحقق اعذر القسمة العينية للإلتجاء إلى قسمة التصفية ، والمحكمة هى التى تقدر مدى تحقق هذا التعذر ، فقد لا يكون الشئ الشائع قابلا أصلا للقسمة العينية ، وقد تكون قسمته عينا ممكنة ولكن بحيث يؤدى إجراؤها إلى إحداث نقص كبير فى قيمة الشئ المراد قسمته ، ففى هذه الأحوال تقرر المحكمة الجزئية العدول عن القسمة العينية وتأمر هى نفسها بإجراء قسمة التصفية عن طريق بيع الشئ الشائع المراد قسمته بالمزاد . (حسن كيرة ص٢١٠)

- **المحكمة المختصة بإجراء التصفية** :

يبين لنا مما تقدم أن المحكمة الجزئية هى المختصة بقسمة المال الشائع سواء تمت القسمة عينة أو بطريق التصفية سواء كان عقار أو منقول .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " مفاد نص المادتين ٨٣٨ (فقرة أولى) و٨٤١ من القانون المدنى والمادة ٤٣ من قانون المرافعات أن المحكمة الجزئية تختص نوعيا بالفصل فى كافة المنازعات المتعلقة بتكوين حصص الشركاء فى المال الشائع وذلك بتقويمه وقمسته حصصا فإذا ما تحققت من عدم إمكان قسمته عينا أو ان من شأن ذلك إحداث نقص كبير فى قيمته فنها تصدر حكما بإجراء بيع المال بالمزايدة ( طعن رقم ٢٣١١ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٦/٦/١١)

- **الإحالة إلى قانون المرافعات** :

لقد نصت المادة ٨٤١ مدنى على أنه " إذا لم تمكن القسمة عيناً أو كان من شأنها إحداث نقص كبير فى قيمة المال المراد قسمته ببيع هذا المال بالطريق المبينة فى قانون المرافعات ... إلخ . فقد أحالت المادة ٨٤١ إلى قانون المرافعات فى الطريقة التى يباع بها المال الشائع ، وقد نصت المادة ٤٦٤ مرافعات على أنه إذا أمرت المحكمة ببيع العقار المملوك على الشيوع لعدم إمكان القسمة بغير ضرر يجرى بيعة بطريق المزايدة على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة الجزئية المختصة من يعنيه التعجيل من الشركاء وقائمة شروط البيع التى يودعها المدعى قلم كتاب المحكمة الجزئية يجب أن تشمل ما يلى : حكم البيع بالتصفية وتعيين العقار وشروط البيع والثمن الأساسى الذى تضمنه الحكم سالف البيان وفقاً لتقرير الخبرة الموع قبل صدور الحكم ، ومستندات الملكية وأسماء الشركاء وموطن كل منهم ، ويرفق بالقائمة بيان بالضريبة العقارية وسندات الملكية وشهادات عقارية عن العقار لمدة عشر سنوات سابقة على إيداع قائمة شروط البيع ( م ٤٦١ و٤٦٥ مرافعات) وصورة رسمية من من الحكم الصادر بالبيع ، ويحدد بالقائمة جلسة لنظر ما قد يقدم من اعتراضات وأخرى لإجراء المزايدة فإذا قدمت إعتراضات ، سقطت جلسة المزايدة ومتى تم الفصل نهائيا فى الإعتراضات ، قام مباشر الإجراءات أو غيره ممن أخيروا بإيداع القائمة بتعجيل الدعوى وتحديد الجلسة التى تجرى فيها

المزايدة ويقوم قلم الكتاب بالإعلان عنها . أما إن لم تقدم اعتراضات ، سقطت الجلسة المحددة لذلك ، وقام قلم الكتاب بالإعلان (. أنور طلبه ص٥٥١)

هذا بالنسبة للعقار إما إذا كان المال منقولا ، ثم بيعه بالممارسة إذا وافق جميع الشركاء وإلا ثم بيعه وفقا للإجراءات المقررة لبيع المنقول المحجوز عليه .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " نظمت المواد ٤٦٤ ، ٤٦٥ ، ٤٦٦ ، ٤٦٨ من قانون المرافعات إجراءات وقواعد بيع ذلك العقار وأحالت المادة ٤٦٨ فى شأن الأحكام المقررة للبيع إلى أحكام بيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب ، وحددت المادة ٤٦٣ هذه الأحكام المحال إليها بالقواعد المتعلقة بإجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين المنصوص عليها فى الفرعين الثالث والرابع من الفصل الثالث من ذات القانون ، ولما كان إجراء البيع بالطريق السالف لا يعدو أن يكون احد إجراءات القسمة التى تتخذها المحكمة الجزئية لتحديد حصص الشركاء ى المال الشائع ، فإن الإحالة إلى الطريق الذى رسمه قانون المرافعات سالف البيان فى شأن البيع مقصور أثرها على غتباع القواعد الإجرائية المتعلقة بنظام البيع دون أن يؤثر ذلك فى اختصاص المحكمة الجزئية بالفصل فى المنازعات التى قد تنشأ عن غتباع ذلك الطريق بإعتبارها منازعات متفرعة عن المنازعات ألصلية المتعلقة بتكوين الحصص والتى تختص بها تلك المحكمة نوعيا ( نقض ١٩٩٦/٦/١١ طعن ٢٣١١ س ٦١ق) وبأن " نظمت المواد ٤٦٤ ، ٤٦٥ ، ٤٦٦ ، ٤٦٨ من قانون المرافعات إجراءات وقواعد بيع لعقار المملوك معلى الشيوع لعدم إمكان قسمته عيناً وأحالت المادة ٤٦٨ فى شأن الأحكام المقررة للبيع فيه إلى أحكام بيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب وحددت المادة ٤٦٣ من قانون المرافعات هذه الأحكام المحال إليها بأنها " القواعد المتعلقة بإجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين المنصوص عليها فى الفرعين الثالث والرابع من الفصل الثالث " وإذا كان البيع من صريح التحديد الوارد فى هذا النص أن الشارع اقتصر فى تطبيق القواعد المتعلقة بإجراءات بيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب على بيع العقار المملوك على الشيوع لعدم إمكان القسمة على ما ورد من القواعد المتعلقة بإجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين فى الفرعين الثالث والرابع من الفصل الثالث دون

الفرع الثانى منها وبما لا يخرج عن مقصوده إلى ذلك فيما أحاله إليه فى المادة ٨٤١ من القانون المدنى و٤٦٨ من قانون المرافعات سالفة الذكر وكانت قواعد تحديد جلسة لنظر الإعتراضات على قائمة شروط البيع وما يرتبط بهذه القواعد من بطلان قد وردت فى هذا الفرع الثانى دون الفرعين الثالث والرابع المذكورين فإن الحكم المطعون فيه إذ خلص إلى هذه النتيجة وأقام قضاءه عليها يكون قد أصاب صحيح القانون"(نقض ١٩٨٤/٦/٢١ طعن ١٦٠٨ س ٥٠ق ) وبأن " الإعتراض على قائمة شروط بيع العقار الذى تعذر قسمته عينا بالمزاد لا يعدو أن يكون من المنازعات المتفرعة عن دعوى القسمة التى تختص بالفصل فيها المحكمة الجزئية ويكون استئناف الحكم الصادر فى شأنها أمام المحكمة الإبتدائية بهيئة إستئنافية أيا كانت قيمة الدعوى وذلك طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٧ من قانون المرافعات وإذ التزم الحكم المطعون فيه بهذا النظر فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ( نقض ١٩٩٦/٦/١١ طعن ٢٣١١ طعن ٦١ق ١٩٩٣/٤/٤ طعن ١٥٠١ س ٥٦ق ، ١٩٩٢/٤/١٢ طعن ١٢٥١ س ٥٢ق ، ١٩٩٠/١/٢٥ طعن ٧٤ س ٥٧ق ، ١٩٨٨/٤/١٧ طعن ٧١٩ س٥٢ق)

**كما قضت بأن** " اعتماد محكمة القسمة لتقرير الخبير ولما ورد به من تقدير لثمن المال الشائع موضوع طلب القسمة – لا يعتبر تعديلا فى شروط البيع فى مفهوم المادة ٦٦٤ من قانون المرافعات – لأن التعديل فى شروط البيع بحسب الحكام الواردة فى المواد ٦٤٢ وما بعدها من قانون المرافعات إنما يكون بحكم من المحكمة إذا ما كان الثمن الساسى الوارد فى قائمة شروط البيع محلا للإعتراض من أحد ممن جعل لهم قانون المرافعات هذا الحق ( نقض ١٩٥٩/٢/١٢ طعن ٢٢٢ س ٢٤ق) وبانه "كان قانون المرافعات القديم قد نص فى المادة ٦٢٦ على انه إذا لم تكن قسمة العقار بغير ضرر يباع على حسب القواعد المقررة لبيع العقار اختياراً وكانت المادة ٦٢٠ مرافعات قديم تجيز لكل صاحب عقار ان يبيعه بالمحكمة "بالأوجه المعتادة " بمقتضى شروط وروابط للبيع تودع مقدماً قلم كتاب المحكمة إلا أن هذا لا يعنى إغفال طبيعة إجراءات بيع العقار لعدم إمكان قسمته عيناً ، وأنها جزء من إجراءات دعوى القسمة التى يجب أن يكون الشركاء أطرافا

فيها ، فإذا حدد قاضى البيوع بناء على طلب طالب البيع من الشركاء يوما للبيع وجب أن يعلن به جميع الشركاء بالطريق الذى يعلن به أى خصم فى أية دعوى ولا يكفى إمكان علمهم بما ينشر أو يلصق من إعلانات ، غذ هم أطراف فى الدعوى الذى يجب أن تتم الإجراءات جميعا فى مواجهتهم وإلا كان حكم رسو المزاد غير صالح لأن يحاج به من لم يعلن من الشركاء وعدم إعلان الشريك هو إفال لإجراء جوهرى يعتبر اصلا من الأصول العامة فى التقاضى فضلا عن أنه قد يحول دون ممارسة الشريك لحقوق مقررة له قانوناً كحق دخوله المزاد مشترياً ، أو حق طلب زيادة العشر – فى حالة إعادة البيع على ذمة المزايد المتخلف عن غيداع الثمن – أو إجراء البيع فى مكان آخر غير المحكمة ، ويترتب على ذلك أن إغفال إعلان الشريك باليوم الذى يحدد للبيع ، سواء لأول مرة بعد الحكم بالبيع أو بعد شطب الدعوى – لعدم طلب إجراء المزايدة بالجلسة المحددة للبيع – موجب لبطلان الإجراءات التالية ومنها حكم رسو المزاد وما ترتب عليه ، وإذن فالحكم الذى يبنى على أن القانون لا يوجب إعلان الشريك باليوم الذى يحدده القاضى لإجراء البيع لعدم إمكان القسمة يكون مخطئا فى تطبيق القانون ( نقض ١٩٥١/١١/٢٩ طعن ١١٢ س ١٩ق).

**وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٣/ ١٩٩٨/١ برفض القضية رقم ٣٦ لسنة ١٧ قضائية - دستورية - التى رفعت بطلب الحكم بعدم دستورية نص المادة ٨٤١ من القانون المدنى فيما تضمنه من بيع المال الشائع بالطرق المبينة بقانون المرافعات وذلك إذا تعذرت قسمته عينا بغير نقص كبير فى قسمته ، وقد نشر الحكم بالجريدة السرمية العدد (٣) فى ١٥ يناير سنة ١٩٩٨ وننشر الحكم بأسبابه كاملة فيما يلى :**

**باسم الشعب**

**المحكمة الدستورية العليا**

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت ٣ يناير سنة ١٩٩٨ م الموافق ٥ رمضان سنة ١٤١٨ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور / عوض محمد عوض المر
رئيس المحكمة

وعضوية السادة المستشارين : محمد ولى الدين جلال وهاد عبد الحميد خلاف وفاروق عبد الرحيم غنيم عبد الرحمن نصير وسامى فرج يوسف وعدلى محمود منصور

وحضور السيد المستشار الدكتور / حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد/ حمدى أنور صابر .......... أمين السر

**أصدرت الحكم الآتى** :

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٣٦ لسنة ١٧ قضائية " دستورية "

**المقامة من** :

السيد / صلاح الدين محمود عبد الوهاب .

**ضـــــد**

١- السيد / رئيس الجمهورية

٢- السيد/ رئيس مجلس الوزارء

٣- السيد المستشار/ وزير العدل بصفاتهم

٤- الدكتور / محمود أحمد فؤاد

**الإجــــراءات**

بتاريخ ٢٨ من من مايو سنة ١٩٩٥ ، وأودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة ، طالبا الحكم بعدم دستورية نص المادة ٨٤١ من القانون المدنى فيما تضمنه من بيع المال الشائع بالطريق المبينة بقانون المرافعات وذلك إذا تعذرت قسمته عينا بغير نقص كبير فى قيمته .

قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريرً برأيها .

ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

## المحكمـــة

بعد الإطلاع على الأوراق ، والمداولة .

وحيـث إن الوقـائع – علـى مـا يبـين مجـن صـحيفة الـدعوى وسـائر الأوراق – تتحصل في أن المدعى عليه الرابع كان قد أقام ضد المدعى اهلدعوى رقم ١٦٥ لسنة ١٩٩٠ مدنى محكمة الدقى الجزئية يطلب فيها الحكم بفرز نصيبه الشائع وتجنيبه فى العقار رقم ١ شارع المستشار عبد العزيز حلمى قسم الدقى محافظة الجيزة ، مع الحكم ببيع هذا العقار جميعه بالمزاد العلنى إذا تعذرت القسمة .

وقد دفع المدعى هذه الدعوى أصليا ، بعدم قبولها تأسيسا على أنه يملك كامل العقار المشار إليه أرضا وبناء بمقتضى عقد بيع ابتدائى مؤرخ ١٩٥٤/١/١ اقترن بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية التى جاوزت أربعين عاما كانت الحيازة فيها هادئة ظاهرة مستمرة وبنية التملك ، ولم يكن للمدعى عليه الرابع بالتالى أية حصة شائعة فيه ، لا عن طريق الوصية الواجبة التى يدعيها ، ولا من خلال أى طريق آخر ، واحتياطيا الحكم بإحالتها إلى المحكمة الإبتدائية المختصة للفصل فى النزاع حول الملكية عملا بالفقرة الثانية من المادة ٨٣٨ من القانون المدنى .

وقد مضت محكمة الموضوع فى نظر دعوى المدعى عليه الرابع ، وندبت خبيرا لمعاينة العقار وبحث إمكان قسمته عيما ، وإذا انتهى الخبير إلأى عدم إمكان ذلك ، فقد عهدت إليه بتقدير ثمنه ، مما حمل المدعى على الدفع بعدم دستويرة المادة ٨٤١ من القانون المدنى التى تمسك با المدعى عليه الرابع ، واعتبرها أساسا لدعواه ، وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع ، وصرحت للمدعى بالطعن بعدم دستورية ، فقد أقام الدعوى الماثلة .

وحيث إن المادة ٨٤١ من القانون المدنى تقضى بأنه إذا لم تمكن القسمة عينا ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير فى قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطريقة المبينة فى قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا ذلك بالإجماع .

وحيث إن المدعى ينعى على النص المطعون فيه إخلاله بالحماية التى كفلها الدستورية للملكية الخاصة ، ذلك أن الملكية لاتنزع وفقا للدستور عن أصحابها ،

إلا لمنفعة عامة ومقابل تعويض ، وبيع العقار الذى تختعذر قسمته بالمزاد وفقا للنص المطعون فيه ، هو انتزاع للملكية من أصحابها فى غير الأحوال التى نص عليها الدستور ، ولا يدخل تقرير هذا النص فى إطار السلطة التقديرية التى يملكها المشرع ، ذلك أن سلطة المشرع فى مجال تنظيم الحقوق لا تعنى ترخصه فى التحرر من الضوابط التى فرضها الدستور كحدود فى التحرر من الضوابط التى فرضها الدستور كحدود نهائية لهذا التنظيم لا يجوز تخطيها ، فإذا اقتحمها المشرع ، كان ذلك إهداراً لها ، وكان أولى بالمشرع – إذا كان قد توخى بالنص المطعون فيه حقا تحقيق التوازن بين الشركاء على الشيوع – أن يكتفى بقصر البيع على الحصة الشائعة وحدها بالثمن المقدر لها ، دون غيرها من حصص باقى الشركاء يتمسكون ببقاء ملكيتهم لها حتى لا تنزع منهم بغير رضاهم .

وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة – وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية – مناط اتصالها عقلا بالمصلحة التى يقوم بها النزاع الموضوعى ، وذلك بأن يكون الحكم فى المسائل الدستورية لازما للفصل فى الطلبات الموضوعية ، المرتبطة بها ، وكان الخبير الذى عينته محكمة الموضوع لبحث مدى إمكان قسمة العقار المتنازع عليه عينا ، قد خلص إلى ان هذا العقار مملوك اصلا للمرحوم محمد عبد الوهاب بمقتضى عقد مسجل ثم انتقلت الملكية بعد وفاته إلى ورثته الشرعيين ، ومن بينهم المدعى عليه الرابع ، وأن عقد البيع الإبتدائى المؤرخ ١٩٥٤/١/١ المقدم من المدعى ليس مسجلا وأن القسمة متعذرة دون أن يلحق العقار نقص كبير فى قيمته ، متى كان ذلك ، وكان النص المطعون فيه قد حتم بيع عقار النزاع بالمزاد فى هذه الصورة ، فلا تبقى حالة الشيوع التى يصر المدعى على استمرارها ، فإن مصلحته فى إبطال هذا النص تكون متحققة .

وحيث إن الحماية التى كفلها الدستور للملكية الخاصة ، لازمها أن كل تنظيم تشريعى لا يجوز أن ينال من أصل الحق فيها ولا أن يغير من أوضاع ممارستها دون ما ضرورة تقتضيها وظيفتها الإجتماعية ، فإذا آل هذا التنظيم – سواء بالنظر غلأى محتواه أو من زاوية الآثار التى يرتبها – إلى حرمان من يملكون من ملكيتهم كان مخالفا للدستور .

وحيث إن من المقرر أن الملكية الشائعة تقع على مال معين تعيينا ذاتيا ، وبها يكون هذا المال مملوكا لأكثر من شخص واحد ، كل بقدر حصته فيه ، فلا يقع حق كل من الشركاء إلا على حصة شائعة فى هذا المال ، مع بقاء المال ذاته كلا غير منقسم ، ومن ثم كان منطقيا أن تنص المادتان ٨٢٥ ، ٨٢٦ من القانون المدنى على أنه إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، كانوا شركاء على الشيوع ، ومتساوين فى حصصهم إلا إذا قام الدليل على غير ذلك . ويعتبر كلا منهم مالكا لحصته ملكا تاما وعلى تقدير شيوعها فى كل المال وليس تركزها فى أحد جوانبه ، وهذه الخاصية وحدها هى التى تباعد بين الملكية المفرزة التى لا تخالطها غير يد صاحبها ، وبين الملكية الشائعة التى يتزاحم عليها الشركاء فيها ، وإن كانت كلتاهم ملكية فردية تتكامل عناصرها .

وحيث إن من المقرر كذلك أن الشيوع ليس وصفا دائما يتصل بالمال فلا يزول أبدا وإنما يكون الشيوع عادة مؤقتا ، ومنقضيا حتما بالقسمة بإعتبارها سببا يتوخى أصلا إنهاءه ، وحقا لكل شريك ما لم يكن مجبراً على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص فى القانون أو بناء على اتفاق مع الشركاء الآخرين على ذلك ، لمدة معينة موقوته بطبيعتها لا تجاوز زمنا أقصاه خمس سنين على ما تقضى به المادة ٨٣٤ من القانون المدنى حتى لا ينقلب الشيوع مؤبدا ، وكان إنهاء حالة الشيوع بصفة باتة من خلال القسمة ، مؤداه أن تكون نهائية ، لا ترتبط بمنافع الأعيان ، بل بملكيتها ، ولا تتعلق على شرط يزيل حكمها بأثر رجعى ، فاسخا كل هذا الشرط أم واقفا ، وكان الأصل فى القسمة النهائية أن تكون كلية تتناول الأموال الشائعة جميعها ولا تقتصر على بعض أجزائها ، ، وأن تكون كذلك قسمة عينية تفرز لكل من الشركاء نصيبا فى الأموال الشائعة ذاتها لا يتعداه ، فإذا كان إجراء القسمة عينا متعذراً فى هذه الأحوال ، فإن تصفيتها من خلال بيعها فى المزاد ، واختصاص كل من الشركاء بجزء من ثمنها يكون معادلا لحصته فيها ، يعتبر إجراء ملائما وضروريا بعتبار أن الشيوع ليس مرغوبا فيه ، وقد يلحق بالشركاء ضرراً .

وحيث إن القسمة النهائية – كلية كانت أو جزئية ، عينية كانت أو قسمة تصفية – قد تكون قسمة اتفاقية تتم باتفاق كل الشركاء على إجرائها بغير اللجوء إلى القضاء ، فإذا لم يتيسر الاتفاق ، كان القضاء سبيلها ، وهذه هى القسمة القضائية التى عنتها المادة ٨٤١ من القانون المدنى المطعون عليها ، ومفادها أنه كلما كان

من شأن قسمة الأموال الشائعة عينا إلحاق نقص كبير فى قيمتها ، فإن قسمتها من خلال حكم يصدر عن المحكمة الجزئية المرفوع أمامها دعوى القسمة ، تتم – وأيا كانت قيمة هذه الأموال – من خلال بيعها بالمزاد وفقا للقواعد الإجرائية التى حددها قانون المرافعات ، وبمراعاة أن اتفاق الشركاء على قصر المزايدة عليهم يعتبر اتفاقا صحيحا ملزما لهم جميعا .

وحيث إن ما تقدم مؤداه ، أن النص المطعون فيه لا يتعلق بالأحوال التى ينعقد فيها إجماع الشركاء المشتاعين على تقرير الطريقة التى ينهون بها شيوع حصصهم وسريانهم فى أموال بذاوتها ، وإنما يخول المحكمة الجزئية المرفوع إليها طلب قسمتها بعد تعذر الاتفاق عليها ، وعلى ضوء ما ينتهى إليه الخبراء الذين تندبهم لهذا الغرض ، بيعها بالمزاد لتصفيتها ، وذلك كلما كان من شأن قسمتها عينا الإضرار بقيمتها بصورة ملحوظة ولا إهدار فى ذلك لحق الملكية ، ذلك أن كلا من الشركاء على الشيوع على الشيوع إنما ينال من ثمن الأموال التى تقرر بيعها بالمزاد جزءا يعادل حصته فيها كذلك فإن بيعها لا يعتبر انتزاعا لملكيتها من أصحابها فى غير الأحوال التى نص عليها القانون ، وإنما ليستخلص كل منهم ما يقابل حصته فيها بعد أن استحال فرزها وتجنيبها دون نقص كبير يلحق قيمتها وهو ما يعنى أن النص المطعون فيه قد تقرر لضرورة ، وقدرها بقدرها ترجيحا لمصلحة أعم على مقاصد محدودة أهميتها .

وحيث إن ما ينعاه المدعى من أن بيع العقار محل التداعى وفقا للنص المطعون فيه يتضمن إهدارا لحق الملكية التى كفل الدستور صونها مردود بأن حقوق الملكية التى يحميها الدستور ، هى التى تتصل مباشرتها بضمان مقوماتها ، وكذلك بالمزايا التى ترتبها الملكية لأصحابها التى لا يندرج تحتها أن يظل الشيوع قائما أبدا بالأموال التى تعلق بها ، متصلا بها اتصال قرار ، فلا ينقضى فى أية حال ، ولو كان إنهاؤه مبرراً مثما هو الأمر فى النص المطعون فيه وحيث إن النص المطعون فيه لا يتعارض مع حكم فى الدستور من أوجه أخرى.

**فلهــذه الأسبــاب**

حكمت المحكمة برفض الدعوى وبمصادرة الكفالة وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

**رئيس المحكمة**

- **قصر المزايد على الشركاء** :

لقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٨٤١ مدنى على أن " ..... تقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع فالمشرع قد أجاز قصر باب المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع " . على ان يراعى فى حالة وجود غائب أو ناقص أهلية بين الشركاء أن يستأذن النائب عن الغائب أو ناقص الأهلية المحكمة المختصة ( دائرة الأحوال الشخصية الولاية على المال " فى قصر المزايدة على الشركاء . ونلاحظ مما تقدم أن قصر المزايد على الشركاء مشروط بإجماعهم جميعا أما إذا تخلف أحدهم عن هذا الإجماع وجب فتح باب المزايدة للجميع دون قصره على الشركاء .

- **تقسيم الثمن على الشركاء** :

متى تمت قسمة المال الشائع بطريق التصفية ببيعه بالمزاد تم تقسيم الثمن على الشركاء بنسبة حصصهم ويكون ذلك بناء على دعوى ترفع إلى المحكمة الجزئية المختصة .

- **التصديق على الحكم الصادر بتقسيم الثمن على الشركاء إذا كان بينهم غائب أو ناقص أهلية** :

متى صدر الحكم بتقسيم الثمن على الشركاء وكان بينهم غائب أو ناقص أهلية وحيث تصديق المحكمة الإبتدائية على هذا الحكم .

- **الدعوى المرفوعة على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب** :

إذا رفعت دعوى القسمة على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من دارت آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضرراً جسيماً . (م٤١ من المرسوم بالقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال )

مفاد ذلك أنه " فى حالة قيام أحد الورثة برفع دعوى القسمة على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب يجوز للمحكمة وصف هذه الدعوى بناء على طلب من ينوب عن الغائب أو ناقص الأهلية أو بناء على طلب من النيابة العامة . ولكن لا

يجوز للمحكمة وقف الدعوى أكثر من خمس سنوات ميلادية ومدة الخمس سنوات تقتصر على مدة القصر أو الحجر أو الغيبة فمتى بلغ القاصر أو رفع الحجر أو حضر الغائب زال وقف الدعوى لأن وقف الدعوى يزول بزوال مقتضاها ووقف الدعوى جوازى للمحكمة ويخضع لتقديرها ، فإذا رأت أن الوقف فى صالح ناقص الأهلية ، قضت به وإلا رفضت الطلب وقضت فى نظر الدعوى .

*وتنص المادة ٨٤٢ مدني على أن " لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم ، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الإجراءات وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة .*

*أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا فى حالة الغش " .*

- **تدخل الدائنين فى القسمة** :

لما كان لدائنى الشركاء مصلحة فى مراقبة إجراءات القسمة عن كتب منعا لتواطؤ الشركاء على الأضرار بحقوقهم ، لذلك مكن المشرع من إدخالهم فى هذه الإجراءات ، إذ نصت المادة ١/٨٤٢ على أن " لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم ، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم ، ويجب على كل حال ، إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رقع دعوى القسمة . (حسن كيرة ص٢٠٦)

- **واختلفت الآراء حول إدخال الدائنين فى القسمة** :

فالبعض يرى أن يدخل الدائنين فى القسمة حماية لمصالحهم إنما هو مقصور على القسمة القضائية وحدها دون القسمة الاتفاقية واستندوا فى ذلك إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى التى قصرت ذلك على القسمة القضائية دون الاتفاقية. (حسن كيرة ص٢٠٦ – محمد على عرفة ص٤٤٠ – عبد المنعم البدراوى ص١٩٠ – عبد الباقى ص٢٢٠ – الصدة ص١٩٦)

والبعض الآخر يرى أن تدخل الدائنين فى القسمة يسرى على القسمة سواء كانت اتفاقية أو قضائية ، وأن ما ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الشأن ليس من شأنه أن يقيد من إطلاق النص ، وقد أضيفت فى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، إلى آخر الفقرة الأولى العبارة الآتية " ويجب على كل حال إدخال الدائنين م المقيدة حقوقهم فى الإجراءات " والعبارة على هذا النح يمكن أن تنطبق على القسمة الاتفاقية إنطباقها على القسمة القضائية ، فبقى النص غير متمحض للقسمة القضائية ، ولكن وقع بعد ذلك فى لجنة مجلس الشيوخ أن عدلت – بطريقة عارضة – العبارة المضافة فأصبحت : " ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة ، وكاد النص بهذا التعديل يتمحض للقسمة القضائية ، ولما كانت القسمة القضائية ليست أولى من القسمة الإتفاقية بتدخل الدائنين بل لعل القسمة الاتفاقية وهى خالية من ضمانات القسمة القضائية أحوج إلى هذا التدخل لذلك يحسن التوسع فى تفسير النص بما يجعله شاملاً للقسمة القضائية وللقسمة الاتفاقية ، ويدعى عن الدائنين المقيدين فى القسمة الاتفاقية ، الدائنون المقيدون قبل إبرام هذه القسمة ، قياسا على دعوى الدائنين المقيدين قبل رفع دعوى القسمة فى حالة القسمة القضائية وليس فى مبادئ تفسير النصوص التشريعية ما يمنع من هذا التوسع مادامت حكمت تدخل الدائنين فى القسمة القضائية متوافرة تماماً ، بل هى أكثر توافراً فى القسمة الاتفاقية كما قدمنا عذا إلى أن نص المادة ٨٨٢ من التقنين المدنى الفرنسى ، وهو النص الذى استقى منه نص المادة ٨٤٢ من التقنين المدنى المصرى ، لا خلاف فى إنطباقه على كل من القسمة القضائية والقسمة الإتفاقية . (السنهورى ص٨٨٠ – وفى نفس المعنى أنور طلبه ص٥٥٧ – منصور مصطفى منصور ص١٩٦ )

- **الدائنون الواجب إدخالهم فى القسمة** :

الدائنون الواجب إدخالهم القسمة هم دائنوا كل شريك ويستوى أن يكون دائن الشريك دائناً شخصياً أو دائناً ذا حق مقيد ، كما يستوى أن يكون الحق المقيد واقعاً على المال الشائع المراد قسمته أو واقعاً على غيره من أموال الشريك. (السنهورى ص٨٨٢)

ويجوز أن يكون حق الدائن مقترناً بأجل أو معلقاً على شرط ، لا يعتبر دائنا من يدعى إستحقاق المال الشائع وليست له مصلحة فى التدخل فى القسمة إذ هى غير نافذة فى حقه إذا أثبت إستحقاقه فالدائن هو الذى يجب إدخاله ليحمى مصالحة فإن لم يدخله الشركاء كان له أن يتدخل من تلقاء نفسه فى القسمة الاتفاقية فيراقب مفاوضة الشركاء وأعمال الخبير المكلف منهم بإجراء القسمة ، وفى القسمة القضائية بصحيفة تودع قلم الكتاب أو بحضوره بالجلسة طالبا قبول تدخله منضما لمدينة ، كما له أن يعارض فى إجراء القسمة بغير تدخله . (أنور طلبه ص٥٥٨ )

- **معارضة الدائنين فى القسمة** :

لم يشترط المشرع شكلاً معيناً لمعارضة الدائن فى القسمة فقد تكون بنذار على يد محضر ، وهذا أفضل ، أو بخطاب مسجل أو شفاهة ويقع على الدائن عبء إثبات أن المعارضة تمت ولجميع الشركاء بمن فيهم المدين فإن تمت لبعضهم فقدت أثرها القسمة لا تتجزأ الحق فى المعارضة قائما حتى تتم القسمة ومتى تمت المعارضة وجب على الشركاء إدخال الدائن المعارض ، ولا يلزم الدائن صاحب الحق المقيد ، كالدائن المرتهن رهنا رسميا أو رهنا حيازيا أو صاحب حق الاختصاص أو الامتياز ويلحق بهؤلاء المشترى لجزء مفرز من أحد الشركاء متى سجل عقد البيع ، بالمعارضة إذ يجب على الشركاء إدخالهم طالما أن القيم تم قبل القسمة الاتفاقية أو قبل رفع عوى القسمة . (أنور طلبه ص٥٥٨)

ويترتب على معارضة الدائن أو على تدخله على النحو الذى بسطناه الدائن طرفا فى جميع إجراءات القسمة منذ معارضته أو من تدخله فلا تجوز مباشرة هذه الإجراءات إلا فى مواجهته ومن ثم لا تجوز مباشرة إجراءات بيع المال الشائع فى الزاد ، ولا تعيين خبير لتكوين الحصص ، ولا الفصل فى المنازعات المتعلقة بإجراءات القسمة ، ولا إجراء القرعة ولا تجنب أنصبة الشركاء المفرزة ، ولا التصديق على حكم القسمة فى غير مواجهة الدائن ، ولكن لا يجوز للدائن طلب بيع المال فى المزاد بدلاً من قسمته عيناً إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون ضرر كبير يلحق قيمة المال الشائع ، كذلك لا يجوز للدائن أن يطلب أن تكون القسمة القضائية ، إذا كان جميع الشركاء راضين بجعلهم قسمة اتفاقية ، ولا يجوز للدائن أن

يمنع مدينه من التصرف فى حصته أو ترتيب حقوق عينية عليها ، فإن المعارضة او التدخل ليس من شانه أن يجعل حصة الشريك المدين غير قابلة للتصرف فيها ، مع احتفاظ الدائن بحقه فى الدعوى البولصية . ويتحمل الدائن وحده نفقات معارضته ونفقات تدخله . (السنهورى ص٨٨٤)

- **دعوى الشركاء للدائن للتدخل فى القسمة** :

يتعين على الشركاء دعوى الدائن للتدخل فى القسمة وليس لهذه الدعوى شكل خاص فقد تكون بإنذار على يد محضر أو بكتاب مسجل أو غير مسجل أو شفاهة ، ويقع عبء إثبات الدعوى على عاتق من إدعى إجراءها بكافة الطرق لتعلق الإثبات بواقعة مادية فإن تمت الدعوة ولم يتدخل الدائن ، سقط حقه ونفذت القسمة فى حقه إن كان دائنا عاديا ، أما الدائن صاحب الحق المقيد ، فلا تنفذ القسمة فى حقه إذا ورد حقه على جزء مفرز بموجب تصرف صادر من جميع الشركاء أو بموافقتهم ، فإن كان وارداً على حصة شائعة أو على جزء مفرز بدون موافقة باقى الشركاء ، نفذت القسمة فى حقه وانتقل إلى الحصة المفرزة التى إختص بها الشريك المدين ، على التفصيل المتقدم .

والغاية من الدعوى إحاطة الدائن بعزم الشركاء على قسمة لمال الشائع حتى يتدخل فى القسمة إذا رغب فى ذلك ، ومن ثم يقوم تسجيل صحيفة دعوى صحة ونفاذ عقد الصلح المقدم فى دعوى القسمة أو ما إتفق عليه الشركاء وأثبتوه فى محضر دعوى القسمة وتسجيل هذا المحضر ، يقوم ذلك مقام دعوى الدائنين ، إذ يفترض علمهم بالقسمة افتراضا لا يقبل إثبات العكس إعمالا للقرينة القاطعة للشهر ، طالما كانت هناك فسحة يتمكن معها الدائن من التدخل فى الدعوى ، وإلا اعتبرت الدعوى غير متحققة . (أنور طلبه ص٥٥٩)

- **جزاء عدم دعوى الدائن للتدخل فى إجراءات القسمة** :

إذا كان الدائن قد وجه معارضة إلى جميع الشركاء أو كان له حق فقيد قبل رفع دعوى القسمة وبالرغم من ذلك لم يدع إلى التدخل فى إجراءات القسمة ولم يتدخل هو من تلقاء نفسه ، فإن الشركاء يكونون قد خالفوا القانون فى عدم دعوى الدائن إلى التدخل فى إجراءات القسمة بعد أن وجه إليهم جميعا معارضة فى أن تتم

القسـمة دون تدخله أو بعد أن قيـد حقه قبل رفع دعوى القسـمة أو قبـل إبرام عقد القسمة وجزاء ذلك هو ما تقول الفقرة الأولى من المادة ٨٤٢ مدنى فيما رأينا من أن تكـون " القسـمة غيـر نافـذة فـى حقهـم " أى فـى حق الـدائنين الـذين عارضـوا أو الذين لهم حقوق مقيدة القسمة إذن تكون غير نافذة فى حق هؤلاء الدائنين وذلك دون حاجة إلى أن يثبتوا تواطؤ الشركاء ، بل ودون حاجة إلى أن يثبتوا غش الشريك المدين فمجرد عدم دعوتهم إلى التدخل بعد أن عارضوا ، أو بعد أن قيدوا حقوقهم كـاف لجعـل القسـمة غير نافـذة فى حقهـم ، مـاداموا لـم يتـدخلوا فعـلا فـى القسـمة ويترتب على عدم نفاذ القسمة فى حق الدائن أن يعود المال إلى الشيوع بالنسبة للدائنين ، ومـن ثـم يجوز طلب قسمة المـال من جديد مـن أى من الشركاء لتكـون نافذة فى حق الدائن .

وللـدائن إذا ترتـب لهـم ضـرر مـن القسـمة أن يرجعـوا علـى الشـركاء جميعـا متضـامنين بتعـويض الضـرر الـذى أصـابهم علـى أسـاس المسـئولية التقصـيرية لعـدم إدخالهم فى القسمة .

- **عدم تدخل الدائن رغم دعوته للتدخل وجزاء ذلك** :

إذا لـم يتـدخل الـدائن رغـم دعوتـه للتـدخل أو لأنـه لـم يعـارض ، فتكـون القسـمة نافـذة فـى حقـه ولا يسـتطيع أن يطعـن فيهـا إلا بالـدعوى البوليصـية بـأن يثبـت تواطؤ المدين وسائر الشركاء لذلك تقضى المادة ٢/٨٤٢ من التقنين المنى بأنه " إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا فى حالة الغش " .

- **الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر فى دعوى القسمة** :

تنص المادة ٤٣ مرافعات (معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩والقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧) على أن " تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم إبتدائيا مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائيا إذا لم تجاوز قيمتها خمسة آلاف جنيه فيما يلى : (٣) .......... دعاوى قسمة المال الشائع " ومن ثم فإن الحكم الصادر فى دعوى القسـمة يكـون قـابلا للطعـن فيـه بالإسـتئناف إذا زادت قسـمة الـدعوى علـى خمسـة الآف جنيه ونقدر قيمة الدعوى بقيمة المال الشائع محل القسـمة والطعن استئنافيا فـى أحكـام محـاكم المـواد الجزئيـة الصـادرة ابتـدائيا فـى دعـاوى القسـمة ، انعقـاده

للمحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية أيا كانت قيمة الدعوى " ( طعن رقم ٤٣٣ لسنة ٥٦ق ، جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " الإعتراض على قائمة شروط بيع العقار الذى تعذر قسمته عينا بالمزاد لا يعدو أن يكون من المنازعات المتفرعة عن دعوى القسمة التى تختص بالفصل فيها المحكمة الجزئية ويكون استئناف الحكم الصادر فى شأنها أمام المحكمة الإبتدائية بهيئة استئنافية أيا كانت قيمة الدعوى وذلك طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٧ من قانون المرافعات ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه بهذا النظر فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون " ( طعن رقم ٢٣١١ لسنة ٦١ق – جلسة ١٩٩٦/٦/١١)

- **عدم جواز الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية** (**بهيئة إستئنافية**) :

إن الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية بهيئة استئنافية لا تقبل الطعن بطريق النقض ويتبين من ذلك أن يكون الحكم قد فصل فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى ، وذلك عملا بالمادة ٢٤٩ مرافعات التى تقضى بأن " للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى أى حكم انتهائى – أيا كانت المحكمة التى أصدرته – فصل فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى " .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** "لا يجوز وفقا للمادة ٢٤٩ من قانون المرافعات –وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – الطعن بالنقض فى الحكم الصادر من محكمة إبتدائية بهيئة استئنافية إلا إذا كان قد فصل فى النزاع خلافا لحكم آخر سبق أن يصدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى " ( طعن رقم ١٢٧٤ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٩) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية وكان لا يجوز وفقا لنص المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات الطعن بالنقض فى هذا الحكم إلا إذا كان قد فصل فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى ... الخ " (طعن رقم ١١٢٣ لسنة ٤٨ق – جلسة ١٩٧٩/٣/١٠)

- **حجية الحكم الصادر فى دعوى القسمة** :

حكم القسمة ، حجيته ، ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا فى دعوى القسمة بما فصل فيه " ( طعن رقم ١٢٣٥ لسنة ٥١ق – جلسة ١٩٨٨/١/١٤ )

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " حكم القسمة – أيا كان الرأى فى تكييفه – ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا فى دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم " ( طعن رقم ١٩٤ لسنة ٣٠ق – جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ ) وبأنه " حكم القسمة ، ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا فى دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم " ( طعن رقم ١٩٤٨ لسنة ٥٢ق – جلسة ١٩٨٧/٣/٣١ )

*وتنص المادة ٨٤٣ مدني على أن " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص " .*

- **الأثر الرجعى للقسمة** :

لقد نصت المادة ٨٤٣ مدنى على أن " يعتبر المتقاسم مالكاً الحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئاً فى بقية الحصص " فيتبين من هذا النص أن القسمة ، عندما تفرز نصيب كل شريك ، يكون لها أثر رجعى ذلك أن الشريك يعتبر مالكاً وحده لهذا النصيب المفرز من وقت أن تملك فى الشيوع ، فإذا كان قد تملك فى الشيوع بالميراث اعتبر مالكاً للنصيب المفرز من وقت موت المورث لا من وقت تمام القسمة ، وإذا كان قد تملك فى الشيوع بالشراء اعتبر مالكاً للنصيب المفرز من وقت الشراء لا من وقت تمام القسمة ، وإذا كان قد تملك فى الشيوع بإعتباره شريكاً فى مال الشركة بعد حلها اعتبر مالكاً للنصيب المفرز من وقت حل الشركة لا من وقت تمام القسمة ، وهكذا وفى مقابل ذلك لا يعتبر الشريك أنه قد تملك فى أى وقت أى مال آخر مفرز وقع فى نصيب أى شريك آخر ، فلا يعتبر أنه قد تملك ولو حصة شائعة فى هذا النصيب المفرز الذى تملكه الشريك الآخر ، وهذه هى النظرة التقليدية لأثر القسمة ومنها أن ليس للقسمة أثر كاشف فحسب أى أنها لا تقتصر على أن تكشف عما يملكه الشريك مفرزاً فى المال الشائع بل لها أيضا أثر رجعى أى انها ترجع بملكية الشريك لنصيبه المفرز إلى الوقت الذى بدأ فيه الشيوع ، ولا تقف عند الوقت الذى تمت فيه القسمة . (السنهورى ص ٨٩٠)

• **تكييف عملية القسمة بما تحدثه من إفراز** :

كان تكييف عملية القسمة بما تحدثه من افراز محل تطور كبير فى الشرائع المتعاقبة ، فقد كان الرومان يعتبرون القسمة ناقلة للملكية وذلك على أساس تكييفهم أصلا حق الشريك المشتاع ، إذ كان السائد عندهم أن كل شريك مشتاع يملك بقدر حصته الرمزية فى كل ذرة من ذرات الشئ الشائع ، ولذلك كان طبيعيا حتى تتم القسمة فتختص كلا منهم بنصيب قاصر عليه وحده ، أن يكون ذلك نتيجة عملية مبادلة أو مقايضة بمقتضاها ينزل كل شريك متقاسم للآخرين عما كان له من حصة فى انصبائهم المقسومة لهم مقابل تلقيه ما كان لهم من حصص فيما وقع له بالقسمة من نصيب ، ونظرة فقهاء الشريعة الإسلامية إلى القسمة مشابهة لنظرة الرومان إليها على هذا النحو . ولكن الفقة الفرنسى القديم قد اعتبر القسمة "كاشفة " لا " ناقلة " لحق المتقاسم ، بمعنى أنها لا تنقل حقوقا جديدة فيما بين المتقاسمين وإنما تكشف عما لهم من حقوق سابقة من قبل ولكن مع تحديد محل كل منها التحديد المادى المطابق لحصة كل متقاسم بحيث تثبت له وحده ملكيته الاستئثاريه الخالصة . وتابع المشرع الفرنسى الحديث فى مطلع القرن الماضى هذا التأصيل فأعلنه فى التقنين المدنى ، ولكنه فى تعبيره عنه أبرز أساس ما يختلط به من أثر رجعى (م ٨٨٣) .

وفى مصر اختلف الفقه بشأن تكثيف أثر القسمة فالبعض ذهب إلى أن القسمة كاشفة وليست ناقلة للملكية فيقول الأستاذ إسماعيل غانم إن " التحليل الصحيح لحق الشريك المشتاع هو أنه حق ملكية محله المادى الشئ الشائع كله ، وإن كان محدداً تحديداً معنويا بحصة الشريك فى الشيوع فيترتب على ذلك أن القسمة بإفرازها للشريك جزءا ماديا من الشئ الشائع يختص به وحده لا تكسبه حقا جديداً لم يكن له من قبل فحقه أثناء الشيوع كان حق ملكية محله المادى الشئ الشائع كله ، وإنما هى تقتصر على التغيير فى هذا الحق على وجه معين بإيجاد التطابق بين نطاقه المادى ونطاقه المعنوى فبعد أن كان حق الشريك برد على الشئ كله ولكنه يحدد تحديد معنويا بالثلث مثلا ، وكان بذلك مشتبكا بحقوق الشركاء الآخرين التى كانت ترد مثل حقه على الشئ الشائع كله أصبح هذا الحق ذاته بمقتضى القسمة

محدداً تحديداً ماديا بجزء معين من الشئ يختص به الشريك وحده ويعادل الحصة التى كانت له فى الشئ كله ، القسمة إذن لا تنقل للمتقاسم حقا جديداً وإنما هى محددة للحق الثابت له منذ أن تملك فى الشيوع فهى تقتصر على التغيير فى بعض عناصر هذا الحق فى نطاقه المادى والمعنوى يجعلهما متطابقين فتزيل بذلك العقبات التى كانت ترجع إلى تشابك حقوق الشركاء على الشئ والتى كانت تحول بين كل شريك وبين الإنفراد بمباشرة ملكيته وإذا اتضح أن هذه هى وظيفة القسمة ، فإن وصفها بأنها كاشفة يكون معبراً عن حقيقية الحال ... وإذا كان الأثر الكاشف لا يتضمن أى افتراض مخالف للحقيقية ، وإنما هو مما تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها فلا محل للتضييق فى تطبيقه ... (إسماعيل غانم فقرة ١١٣ ص ٣٦٣)

والقسمة إذن لها أثر كاشف بمعنى أنها لا تخلق لأى متقاسم حقا جديداً لم يكن له ، بل هى تكشف عن حق ملكيته القائم أصلا منذ الشيوع والممتد بعد القسمة ، ولكن بتعديل جوهرى فى محله فبعد أن كانت ملكيته طوال الشيوع واقعة بمجرد حصة معنوية على الشئ الشائع كله دون تحديد فبعد أن كانت ملكيته طوال الشيوع واقعة بمجرد حصة معنوية على الشئ الشائع كله دون تحديد تاتى القسمة فتعلن ما كان قائما له من ملكية ولكنها تحد من محلها فتحصره – بما يطابق ما كان له من حصة معنوية – فى جزء مادة مفرز من هذا الشئ فتزيل بذلك ما كان يقيد من مباشرة هذه الملكية فى وضعها السابق يجعل سلطانها على المحل المحدد بالإفراز مطلقة للمقسوم له وحده فحق المتقاسم بعد القسمة هو نفس حقه القائم قبلها وبنفس سنده ولكن بعد أن تحقق بالإفراز التطابق بين المحل المادى والحصة المعنوية بما يمنع معه كان مصاحبا للشيوع قبل القسمة – نتيجة انعدام هذا التطابق – من تعدد أصحاب الحق وتزاحم سلطاتهم على نفس المحل . (حسن كيرة فقرة ١٥٣ ص٥١٢)

إن حق الشريك المشتاع ، إن كان محدداً تحديداً معنوياً بحصته الشائعة إلا أنه يرد من الناحية المادية على الشئ الشائع كله ، ومن هذا كانت وظيفة القسمة هى تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية والحدود المادية لحق الشريك وذلك بإفراز جزء من الشئ الشائع تخلص ملكيته للشريك خلوصاً تاماً ، والقسمة إذ تحقق هذا

التطابق إنما تكشف عن حق ثابت للشريك مالك ، الشيوع فهى لا تخول الشريك سنداً جديداً ، ونما سند حق الشريك هو السند الأصلى للملكية الشائعة ، وهى لا تخول الشريك حقاً جديداً بل يقتصر أمرها على التغيير فى حق الشريك بحيث يتحقق هذا التطابق .. والأثر الكاشف للقسمة بهذا المعنى يطابق الحقيقة كما قلنا ، لانه مستمد من طبيعة القسمة . (عبد المنعم فرج فقرة ١٥٣ ص٢٣٧)

ويخالف الأستاذ منصور مصطفى منصور هذا الفريق من الفقهاء ، ويذهب على النقيض منهم إلى ان القسمة بطبيعتها ناقلة لا كاشفة فيقول ، وجود حق شائع للمتقاسم قبل القسمة على الجزء المفرز الذى اختص به لا يمنع من القول إن القسمة ناقلة فالقسمة لم تنقل ... إلا الحق الشائع الذى كان لغير المتقاسم على الجزء الذى اختص به ، وبإجتماع هذا الحق مع ما كان للمتاقسم من قبل تخلص له الملكية مفرزة . (منصور مصطفى فى تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة فى مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص١٣٢)

ويرد الأستاذ منصور مصطفى منصور على الفكرة الرئيسية فى أقوال هذا الفريق من الفقهاء من أثر القسمة هو تحقيق التطابق بين النطاق المادى لحق الشريك ونطاقه المعنوى وبذلك لا يصبح للشريك بعد القسمة حق جديد بل هو الحق القديم الذى كان قائماً وقت الشيوع بعد أن تحدد محله المادى ، بما يأتى :" معنى أن أثر القسمة هو تحقيق التطابق بين النطاق المادى لحق الشريك ونطاقه المعنوى أنها تعطى الشريك ، الذى له المثل مثلاً حقا له كل مضمون الملكية على تلك الشئ بعد أن كان له حق يخوله ثلث مضمون الملكية على الشئ كله ، ولا يمكن فى ظل هذا التفسير – أن نقول إن القسمة قد أبقت على الحق ذاته أن حددته .. ذلك أن حق الشريك بعد القسمة يختلف عن حقه قبل القسمة ، سواء من حيث المحل ومن حيث المضمون فقبل القسمة كان له حق يرد على شئ ومضمونه هو جزء من مضمون الملكية وبعد القسمة أصبح الشريك حق يرد على جزء الشئ ومضمونه هو كل مضمون الملكية ، وهو ما يكفى – فى تقديرنا للقول إن القسمة تعطى الشريك حقاً آخر غير الحق الذى كان له أثناء الشيوع . (منصور مصطفى منصور فى تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة فى مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص١٧١)

أما أستاذنا السنهورى فيرى أن للقسمة أثر مزدوج كاشف وناقل لان الشريك عندما أفرز نصيبه فى الأرض ، صار هذا النصيب المفرز ملكه وحده وكان هذا النصيب قبل القسمة ، وفى أثناء الشيوع ملكاً للشريكين لكل منهما النصف ، فالإفراز إذن ثبت للشريك فى هذا النصيب المفرز ملكيته الثابتة قبل القسمة فى النصف ونقل إليه ملكية شريكه الثابتة قبل القسمة فى النصف الآخر فخلصت له بذلك الملكية الكاملة فى جميع النصيب المفرز ، ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف فى نصف النصيب ، وأثر ناقل على النصف الآخر ، ويكون للقسمة إذن بطبيعتها أثر مزدوج كاشف وناقل .

ولما كان هذا الأثران يتعارضان لم يبق إلا أن نغلب أثراً على آخر فى المواضع التى يحسن فيها ، من الناحية العملية ، تغليب هذا الأثر ، فتارة نغلب الأثر الكاشف حيث يحسن تغليبه وتارة الأثر الناقل إذا دعت المقتضيات العملية إلى ذلك . ولما كانت المقتضيات العملية التى تستدعى تغليب الآثر الكاشف أهم من تلك التى تستدعى تغليب الأثر الناقل فقد سار التقنين المدنى على النهج التقليدى وعمم أثر القسمة ، فجعله فى جميع الأحوال أثراً كاشفاً. (السنهورى ص٨٩٠)

- **قصر إعمال الأثر الرجعى على الحالات التى يكون الأمر فيها متعلقاً بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة :**

فعلة تقرير الأثر الرجعى للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع لذا يجب قصر أعمال الأثر الرجعى فى هذا النطاق واستبعاده من جميع الحالات التى لا يكون الأمر فيها متعلقاً بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " الثمار التى تنتج من المال الشائع قيام الشيوع من حق الشركاء جميعاً بنسبة حصة كل منهم وإجزاء القسمة بعد ذلك لا يجعل للمتقاسم حقاً فى الاستئثار بثمار الحصة التى خصصت له إلا من وقت حصول القسمة ، ولا يقدح فى ذلك ما قضت به المادة ٨٤٣ مدنى من اعتبار المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعى للقيمة هى حماية المتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء على

المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذى خصص له فى القسمة مظهراً من هذه الحقوق ويجب قصر إعمال الأثر الرجعى للقسمة فى هذا النطاق واستبعاده فى جميع الحالات – التى لا يكون الأمر فيها متعلقاً بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة ( نقض مدنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٠ ص١١٤٥) وبأنه " الثمار التى تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع من حق الشركاء ميعاً بنسبة حصة كل منهم وإجراء القسمة بعد ذلك لا يجعل للمتقاسم حقاً فى الاستئثار بثمار الحصة التى خصصت له إلا من وقت حصول القسمة ، ولا يقدح فى ذلك ما قضت به المادة ٨٤٣ من القانون المدنى من اعتبار المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعى للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذى خصص له فى القسمة مظهراً من هذه الحقوق ويجب قصر إعمال الأثر الرجعى للقسمة فى هذا النطاق واستبعاده فى جميع الحالات التى لا يكون الأمر فيها متعلقاً بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة . ( جلسة ١٩٦٥/١١/٢٥ الطعن رقم ١٣٦ لسنة ٣١ق س١٦ ج٣ ص١٤٦)

- **مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة** :

**أولا** : **من حيث التصرفات** : كل تصرف من شأنه أن ينهى الشيوع يكون ومن ثم تكون القسمة النهائية أيا كان نوعها قضائية كانت أو اتفاقية عينية أو قسمة تصفية بمعدل أو بغير معدل كلية أو جزئية يكون لها أثر كاشف إذ أنها تؤدى إلى انتهاء الشيوع أما القسمة المؤقتة وهى قسمة المهايأة فليس لها أثر كاشف إلا إذا بقيت المهايأة المكانية خمس عشرة سنة فانقلبت إلى نهائية وهناك تصرفات تعادل القسمة فيكون لها أثر كاشف كبيع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر ذ تضاف الحصة المبيعة إلى حصة الشريك المشترى ، ويتقاضى الشريك البائع ثمن حصته كما لو كان يتقاضى معدلاً ، ومن ثم يعتبر الشريك مالكاً للحصة المبيعة من وقت بدء الشيوع لا من وقت البيع ، أما إذا وهب أحد الشركاء حصته لشريك خر ، فلا

تعتبر الهبة معادلة للقسمة لأن القسمة من المعاوضات لا من التبرعات ، ومن ثم تكون الهبة ناقلة لا كاشفة . (السنهورى ص٩٠٢)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " النص فى المادة ٨٤٣ من القانون المدنى على أن " يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يمتلك غيرها شيئا فى بقية الحصص " يدل على ان القسمة كاشفة للحق سواء كانت رضائية أو قضائية ، فيعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وتثبت الملكية بها بين المتقاسمين حتى قبل تسجيلها ( نقض ١٩٨٦/٢/٩ طعن ١٦٨٧ س ٥٢ق) وبأنه " يدل نص المادة ٨٤٣ من القانون المدنى على أن القسمة مقررة أو كاشفة للحق سواء كانت عقدا أو قسمة قضائية لها أثر رجعى فيعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يتملك غيرها فى بقية الحصص وذلك حماية للمتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المقرر الذى خصص له فى القسمة مظهراً من هذه الحقوق بوصفها كاشفة فتثبت الملكية بمقتضاها ( نقض ١٩٨٥/١٢/١٢ طعن ١٥٤٧ س ٥٢ق ، نقض ١٩٨٣/٤/٢٦ طعن ٣٧٦ س ٤٣ق) وبأنه " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للشريك على الشيوع أن يبيع جزءا مفرزاً من المال الشائع قبل إجراء القسمة فقد نصت المادة ١٢٦ فقرة ثانية من القانون المدنى على أنه " إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة " ومتى تقرر ذلك فإن الطاعن يكون قد اشترى من المطعون عليه الجزء المفرز الذى يبيعه أو ما يحل محله مما يقع فى نصيب المطعون عليه عند القسمة ، فإذا وقع الجزء المفرز عند القسمة فى نصيب المطعون عليه خلص للطاعن ، وإن لم يقع انتقل حق الطاعن بحكم الحلول العينى من الجزء المفرز المبيع إلى الجزء المفرز الذى يؤول إلى المطعون عليه بطريق القسمة ومن ثم كان للوالد أن يبيع لابنه مفرزاً أو شائعا وأن يبيع أبنه بدوره إلى الطاعن مثل ذلك ، ومن ثم فإن النعى على الحكم المطعون فيه – بأن البائع لا يملك الحصة المبيعة – مفرزة يكون على غير أساس "

( طعن رقم ٩١٠ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥ ) وبأنه " نص المشرع فى المادة ٨٢٦ من القانون المدنى على أن : "كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكاً تاما وله أن يتصرف فيها ويستولى على ثمارها وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز ن المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة ..." ثم نص فى المادة ٩٣٦ من هذا القانون على أنه " يثبت الحق فى الشفعة للشريك فى الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى اجنبى " يدل على أن للمالك على الشيوع أن يبيع كله محدداً مفرزاً ويقع البيع صحيحاً وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء ف الشيوع ، ومتى كان هذا البيع صحيحاًً وصدر لأجنبى وكان الإفراز الذى تحدد به محل البيع لا يحاج به سائر الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع فإنه ينبنى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى ذلك البيع ، وفقا لصريح عبارة النص فى المادة ٣٦ من القانون المدنى "( طعن رقم ٧٨٤ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٠/٥/١) وبأنه "يدل نص المادتين ٨٢٦ ، ٩٣٦ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محدداً مفرزاً ويقع البيع صحيحاً ، وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء ، مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع ، وبالتالى يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى ذلك البيع " ( طعن رقم ١١٣٩ لسنة ٥١ق – جلسة ١٩٨٥/١/٢٤)

**كما قضت بأن** " مؤدى نص المادة ٨٢٦ من القانون المدنى يدل على أنه يشترط لإعمال الحلول العينى وفقا هذا النص أن تجرى قسمة بين الشركاء للمال الشائع يون من شانها أن تؤدى إلى إفراز نصيب معين للشريك البائع يوازى حصته فى الشيوع بحيث يستأثر وحده بكل سلطات الملكية الخالصة على هذا الجزء وأن لايقع المبيع فى الجزء المفرز الذى اختص به البائع بما مؤداه أنه لا مجال لإعمال

الحلول العينى إن كان أساس التصرف بالبيع حصة مفرزة من المال الشائع ، فإن أسفرت القسمة بين الشركاء عن اختصاص كل مجموعة منهم بقدر مفرز من المال الشائع مع بقاء الشريك البائع مالكاً لحصة شائعة فيه فإنه يمتنع فى هذه الحالة إعمال الحلول العينى طالما أن نصيب البائع بقى شائعا لم يتم إفرازه ... إلخ " (طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٥٧ق – جلسة ١٩٩١/٥/١٢)

**ثانياً** : **من حيث الأشخاص** : مادامت القسمة بطبيعتها تصرف كاشف فإن أثرها الكاشف يقوم بالنسبة لجميع الأشخاص المتقاسمين أى بالنسبة إلى جميع الملاك على الشيوع وقت القسمة ويستوى فى ذلك من كان يملك فى الشيوع منذ بداية الشيوع ومن كان يملك فى الشيوع بعد ذلك مادام أنه مالك فى الشيوع وقت القسمة ، ومن ثم يسرى الأثر الكاشف على جميع الورثة وكذلك على كل شخص غير وارث انتقلت إليه حصة الوارث فى الشيوع قبل القسمة ، فليس من الضرورى إذن أن يكون جميع الملاك فى الشيوع قد استمدوا حقوقهم من سند واحد ، بل قد تختلف سندات التمليك فيملك أحد الملاك المشتاعين بموجب سند معين ويملك مالك مشتاع آخر بموجب سند غير السند الأول ، ومع ذلك يسرى الآثر الكاشف لقسمة المال الشائع بالنسبة إلى الاثنين معاً ( السنهورى ص٩٠٤) ويسرى أيضا الأثر الكاشف بالنسبة إلى الغير ولا فرق فى ذلك بين دائن عادى أو دائن مكتسب لحق عينى أصلى أو دائن بحق قيد . فإذا رهن أحد الملاك المشتاعين قبل القسمة حصته أو جزءاً مفرزاً من المال الشائع لدائن مرتهن ، فإن هذا الدائن – وهو من الغير – يسرى فى حقه الأثر الكاشف ، ويترتب على ذلك أنه عقد القسمة ينتقل إلى شريك آخر غير الشريك الراهن ، نصيبه المفرز خالياً من الرهن ، بفضل الأثر الكاشف للقسمة وقد سرى فى حق الدائن المرتهن وهو من الغير ، وإذا رهن أحد الملاك المشتاعين عقاراً شائعاً ، ووقع هذا العقار كله فى نصيب مالك مشتاه آخر ، فإنه ينتقل إلى هذا المالك خالياً من الرهن ، وبذلك يسرى الأثر الكشاف هنا أيضاً فى حق الدائن المرتهن ، بل إن هذا الدائن المرتهن لا يكون له حق التقدم على نصيب مدينه فى ثمن العقار ، فإن المدين يكون قد استبدل بحصته فى العقار الذى رهنه مبلغاً من النقود ، وقد أصبح هذا المبلغ ضماناً لدائنيه جميعاً ولا يتقدم عليهم الدائن المرتهن .

**ثالثا**: **من حيث الأموال** : يتناول الأثر الكاشف كل الأموال الشائعة التى كانت محلاً للقسمة وتم افرازها سواء كانت هذه الأموال عقار أو منقول وسواء كانت اشياء مادية أو حقوق معنوية كحق المؤلف وحق الإختراع ومن ثم يخرج من مجال تطبيق الأثر الكاشف ما يلى : **الحقوق الشخصية** : التى تشتمل عليها التركة فهى لا تدخل فى الشيوع مع أموال التركة الشائعة ، بل تتقسم بمجرد وفاة المورث على الورثة كل بنسبة حصته فى التركة ، ومن ثم لا تمر هذه الحقوق بمرحلة شيوع تسبق القسمة ، بل هى منذ البداية تتقسم بين الورثة كما قدمنا ، فلا مجال لإعمال الأثر الكاشف بالنسبة إليها ويعتبر كل وارث صاحب حصته فى الحق الشخصى من وقت وفاة المورث ، لا يفضل الأثر الكشاف للقسمة ، بل يفضل انقسام الحق الشخصى بمجرد وفاة المورث .

- **معـــدل القسمــة** :

وهو أيضا يخرج من مجال تطبيق الأثر الكاشف لأن معدل القسمة لم يكن شائعاً وأفرز وإنما هو مال مملوك ملكية مفرزة بدفعة الشريك لزميله المتقاسم حيث تتواز الأنصبة فإذا قسمت أرض ودار شائعتان بين شريكين فأخذ أحدهما الأرض والآخر الدار ، على أن يدفع صاحب الأرض معدلاً لصاحب الدار ، فإن هذا المعدل مال أجنبى عن الأموال التى أفرزت القسمة وهى الأرض والدار ، فيسرى الأثر الكشاف على كل من الأرض والدار ، ولا يسرى على المعدل ، ومن ثم يعتبر كل من الأرض والدار ملكاً لصاحبه من وقت بدء الشيوع لا من وقت القسمة أما المعدل فلا يسرى عليه الأثر الكاشف فيقوم التزاماً فى ذمة المدين به بموجب القسمة ، ولكن بأثر ناقل لا بأثر كاشف ، فلو أن المعدل كان عقاراً بأن التزم صاحب الأرض لصاحب الدار بإعطائه منزلاً صغيراً معدلاً للقسمة ، فإن القسمة بالنسبة إلى هذا المنزل الصغير تكون ناقلة لا كاشفة ، ويترتب على ذلك أن ملكية المنزل لا تنتقل إلى صاحب الدار حتى فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل . (السنهورى ص٩٠٣)

- **الآثار المترتبة على اعتبار القسمة كاشفة** :

**من أهم الآثار المترتبة على الآثر الكاشف للقسمة ما يلى** : **١ـ سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك الذى وقع فى نصيبه جزء مفرز** : بينا فيما تقدم حكم تصرف المالك المشتاع فى حصته الشائعة أو فى جزء مفرز من المال الشائع ،

ورأينا أنه عند القسمة ووقع جزء مفرز من المال الشائع ى نصيب أحد الشركاء ، فإن هذا الجزء يخلص له خاليا من أثر التصرفات التى صدرت من شركائه الآخرين فى أثناء الشيوع ويقع هذا بحكم الأثر الكاشف للقسمة ، فالشريك الذى وقع فى نصيبه جزء مفرز من المال الشائع يعتبر مالكاً له منذ بدء الشيوع لا من وقت القسمة ومن ثم ينفذ فى حقه أى تصرف وقع من شريك آخر فى أثناء الشيوع ، ولا يثبت وينفذ إلا من التصرفات الصادرة منه هو فى هذا الجزء المفرز وهذه هى أهم نتيجة للأثر الكاشف للقسمة ، وقد رأينا أن فكرة الأثر الكشاف نفسها لم تنبت فى القانون الفرنسى القديم إلأا لتحديد مصير التصرفات التى تصدر من الشركاء فى أثناء الشيوع ختى يخلص لكل منهم بعد القسمة نصيبه المفرز خالياًً من تصرفات شركائه الآخرين ومثقلا بتصرفاته هو . ويترتب على ذلك أن الشريك الذى خلص له نصيبه المفرز خالياً من تصرفات شركائه يستطيع أن يطلب شطب الرهون وغيرها من التكاليف العينية المترتبة على نصيبه المفرز من جانب أحد الشركاء الآخرين فيستطيع أن يطلب من هذا الشريك وعلى نفقته أن يحصل على شطب الرهن الرسمى ورهن الحيازة وحق الاختصاص وحق الامتياز المترتبة من جانبه وكما تسقط الحقوق العينية التبعية المترتبة من جانب الشريك الآخر ، كذلك تسقط الحقوق العينية الأصلية ، فإذا رتب أحد الشركاء حق انتفاع على مال شائع ، ووقع هذا المال بالقسمة فى نصيب شريك آخر ، فإن هذا الشريك الآخر يخلص له المال خاليا من حق الانتفاع الذى رتبه شريكه . كذلك إذا باع شريك مالاً شائعا أو وهبه ، ووقع المال الشائع بالقسمة فى نصيب شريك آخر ، فإن عقد البيع أو الهبة الصادرة من الشرك الأول يسقط ويخلص المال للشريك الآخر خاليا من هذه التصرفات ومن باب أولى يسقط حق امتياز البائع إذا اشترى شخص المال الشائع مع شريك لم يقع فى نصيبه هذا المال عند القسمة ، بل آل إلى شريك آخر . (السنهورى ص٥٠٩)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " المادة ٨٤٣ من القانون المدنى إذا نصت على أن " يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص ، فقد دلت على أن القسمة مقررة أو كاشفة للحق سواء كانت عقداً أو قسمة قضائية لها أثر رجعى ، فيعتبر المتقاسم مالكاً

للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يمتلك غيرها فى بقية الحصص وذلك حماية للمتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذى خصص له فى القسمة مظهراً مجن هذه الحقوق ويوصفها من العقود الكاشفة فتثبت الملكية بمقتضاها فيما بين المتعاقدين بالعقد ذاته ولو لم يكن العقد مسجلاً" (جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٣ الطعن رقم ٧٤٥ سنة ٥٤ق ، جلسة ١٩٨٦/٣/٩ الطعن رقم ١٩٨٧ لسنة ٥٢ق ،جلسة ١٩٨٥/١٢/١٢ الطعن رقم ١٥٤٧ لسنة ٥٢ق) وبأنه " وفقا للمادة ٨٤٣ من القانون المدنى يترتب على صدور حكم بالقسمة أن يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص وأن ما يقضى به حكم القسمة ملزم لكافة الشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفاً فى دعوى القسمة بما حدده من نصيب كل منهم" (جلسة ١٩٨٣/٤/٢٦ الطعن رقم ٢٧٦ لسنة ٤٣ق ،جلسة ١٩٧٥/١١/٢٤ الطعن رقم ٤٩٦ لسنة ٤١ ق س ٢٦ ص١٤٦٥) وبأنه " يدل نص المادة ٨٤٣ من القانون المدنى على أن القسمة مقررة أو كاشفة للحق سواء كان عقداً أو قسمة قضائية لها أثر رجعى فيعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يمتلك غيرها من بقية الحصص وذلك حماية المتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذى خصص له فى القسمة مظهراً من هذه الحقوق وبوصفها من العقود الكاشفة فتثبت الملكية بمقتضاها فيما بين المتعاقدين بالعقد ذاته ولو لم يكن مسجلاً (جلسة ١٩٧٩/١٢/١١ الطعن رقم ٦٢ لسنة ٤٦ق س ٣٠ ع٢ ص٢٢ ، جلسة ١٩٧٩/٥/٢٩ الطعن رقم ٧٠٦ لسنة ٤٣ق س ٣٠ ع٢ ص٤٦٨ ، جلسة ١٩٦٥/١١/٢٥ الطعن رقم ١٣٦ لسنة ٣١ق س١٦ ع٣ ص١١٤٥) وبأنه " إذ كانت المادة ٩٧٠ من القانون المدنى قبل تعديلها بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ تنص على أن الأموال الموقوفة لا تكسب بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة ثلاثة وثلاثين سنة ثم نص هذا القانون الأخير والذى عمل به اعتباراً من ١٩٥٧/٧/١٣ على أنه لا يجوز تملك الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى

عليها بالتقادم فإن حيازة الطاعنين وحيازة من سبقهم المشترين حتى صدور قرار لجنة القسمة فى ٢٢/١٠/١٩٦٦ بفرز حصة الخيرات فى الوقف لا تؤدى إلى كسب ملكية الأطيان محل النزاع بالتقادم لورودها على مال لا يجوز تملكه بهذا السبب عملاً بنص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى المعدلة بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ لوجود حصة وقف خيرى شائعة فيها ، ولا يقدح فى ذلك أن المادة ٨٤٣ من القانون المدنى تقضى بإعتبار المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعى للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذى خصص له فى القسمة مطهراً من هذه الحقوق ويجب قصر إعمال الأثر الرجعى للقسمة فى هذا النطاق واستبعاد جميع الحالات التى لا يكون الأمر فيها متعلقاً بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة لما كان ذلك ، وكان سند الطاعنين فى تملك الأطيان محل النزاع هو وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية وهو يعد بذاته سبباً لكسب الملكية مستقلاً من غيره من أسباب اكتسابها فلا وجه من بعد لإعمال حكم الأثر الرجعى للقسمة على واقعة الدعوى ، ولما كانت مدة حيازة الطاعنين التى تلت صدور حكم القسمة فى ٢١/١٠/١٩٦٦ لا تكفى لتملكهم محل النزاع بالتقادم الطويل فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض إدعاءهم تملكها بهذا السبب يكون قد صادف صحيح القانون . ( جلسة ١٠/٦/١٩٨٠ الطعن رقم ٨٥٧ لسنة ٤٤ق س٣١ ص١٦٩٨ ) وبأنه " لئن كان بيع الشريك المشتاع لقدر مفرز من نصيبه لا ينفذ فى حق باقى الشركاء بل يظل معلقاً على نتيجة القسمة ، إلا أنه يعتبر صحيحاً ونافذا فى حق الشريك البائع ومنتجاً لآثاره القانونية على نفس المحل المفرز المتصرف فيه قبل القسمة ، أما بعد القسمة فاستقرار التصرف على ذات المحل رهن بوقوعه فى نصيب الشريك البائع فإن وقع فى غير نصيبه ورد التصرف على الجزء الذى يقع فى نصيبه نتيجة للقسمة ، وينبنى على ذلك أنه إذا سجل المشتى لقدر مفرز من الشريك المشتاع عقد شرائه ، انتقلت إليه ملكية هذا القدر المفرز فى مواجهة البائع له فى فترة ما قبل القسمة بحيث يمتنع على البائع التصرف فى هذا

القدر إلى الغير ، فإن تصرف فيه كان بائعاً لملك الغير فلا يسرى هذا البيع فى حق المالك الحقيقى وهو المشترى الأول الذى انتقلت إليه ملكية هذا القدر من وقت تسجيل عقد شرائه " ( طعن رقم ١٨٢ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٢/١٧)

**كما قضت بأن** " من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه إذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقاً على إجراء القسمة بين الشركاء ، فإن المشترى فى هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى – حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة – شريكاً فى العقار الشائع ولا يكون له أى حق من حقوق الشركاء وبالتالى لا يلزم تمثيله فى القسمة ، وقد تمت هذه القسمة بين الشركاء ، فإنه تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفاً فيها ويترتب عليها فى حقه ما يترتب عليها فى حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكاً للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه ، فإذا وقع القدر المبيع المفرز فى نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر ، وإن لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف على الجزء الذى آل إلى البائع بطريق القسمة "( طعن رقم ١٤٠٩ لسنة ٤٩ق – جلسة ١٩٨١/١/٣٠) وبأنه " مؤدى نص المادة ٨٢٦ من القانون المدنى يدل على أنه يشترط لإعمال الحلول العينى وفقاً لهذا النص أن تجرى قسمة بين الشركاء للمال الشائع يكون من شأنها أن تؤدى إلى إفراز نصيب معين للشريك البائع يوازى حصته فى الشيوع بحيث يستأثر وحده بكل سلطات الملكية الخالصة على هذا الجزء وأن لايقع المبيع فى الجزء المفرز الذى اختص به البائع بما مؤداه أنه لا مجال لإعمال الحلول العينى إن كان أساس التصرف بالبيع حصة مفرزة من المال الشائع ، فإن أسفرت القسمة بين الشركاء عن اختصاص كل مجموعة منهم بقدر مفرز من المال الشائع مع بقاء الشريك البائع مالكاً لحصة شائعة فإنه يمتنع فى هذه الحالة إعمال الحلول العينى طالماً أن نصيب البائع بقى شائعا لم يتم إفرازه لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة ونفاذ عقد البيع عن مساحة ٤ف سائغة فى ١٠ف التى اختص بها ووالدته ، وشقيقاه وأقام قضاءه ، هذا على أن حق المطعون عليه الأول قد انتقل بقوة القانون إعمالاً للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ سالفة البيان

إلى الحصة الشائعة التى يمتلكها البائع له من المساحة التى اختص بها ومن معه فى حين أنه لا مجال لإعمال الحلول العينى طالما بقيت حصة البائع شائعة ولم تسفر القسمة عن اختصاصه بقدر مفرز فإنه يكون قد قضى فى الدعوى على خلاف سند المشترى ، وبالمخالفة لإرادة المتعاقدين وأعمل الحلول العينى على خلاف مقتضى القانون " ( طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٥٧ق – جلسة ١٩٩١/٥/١٢)

**٢ـ عدم اعتبار القسمة سبباً صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى** : فالقسمة لاتصلح سبباً صحيحاً لاكتساب الحقوق العينية العقارية بالتقادم الخمسى القصير ، ذلك أن السبب الصحيح تصرف ناقل للحق بطبيعته لو أنه كان صادراً من صاحب الحق والقسمة مجرد تصرف مقرر أو كاشف للحق ولكن ليس ثم ما يمنع إذا وجد فى الأصل تصرف ناقل للملكية كالبيع على الشيوع وصح وصفه حينئذ بالسبب الصحيح فى حكم التقادم الخمسى ، من أن تدخل القسمة كذلك فى الاعتبار كعنصر مكمل للسبب الصحيح الأصلى لتكون بداية للحيازة المنزهة عن عيب الغموض تحتسب من تاريخها مدة التقادم القصير ( حسن كيرة ص٢١٨)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " لا يصح اعتبار عقد القسمة سبباً صحيحاً للتملك بالتقادم الخمسى ، ذلك أن القسمة وفقاً للمادة ٤٥٧ من القانون المدنى القديم والمادة ٨٤٣ من القانون المدنى الجديد تعتبر مفرزة للحق لا منشئة له ، ويشترط فى السبب الصحيح أن يكون من شأنه نقل الملك الحقيقى لا تقريره ( طعن رقم ٥٧ لسنة ٢١ق – جلسة ١٩٥٤/٤/٢٩)

**٣ـ لا يشترط فى التصرفات الكاشفة أن تسجل إلا للإحتجاج بها على الغير** : يفرق القانون المصرى بين التصرفات المنشئة أو الناقلة وبين التصرفات الكشافة الواقعة على عقارات من حيث أثر التسجيل ، فبينما لا تنتقل الحقوق العينية العقارية الأصلية إلا بتسجيل التصرفات المنشئة أو الناقلة لها سواء فيما بين ذوى الشأن أو بالنسبة إلى الغير ، تنتج التصرفات الكاشفة أو المقررة لهذه الحقوق أثرها فيما بين أطرافها دون حاجة إلى تسجيل بـولكن لا يمكن الإحتجاج بها على الغير إلا بتسجيلها ( م ٩ و ١٠ من قانون الشهر العقارى ) ولم يكتف المشرع بتقرير المبدأ العام وهو وجوب تسجيل هذه التصرفات الكشافة و المقررة لإمكان الإحتجاج بها

على الغير ، بل أكد – على وجه التخصيص – سريان هذا الحكم على " القسمة العقارية ولو كان محلها أموالاً موروثة " (م١٠ من قانون الشهر العقارى) وعلى ذلك خالقة تسجيل ولكنها لا تكون حجة على الغير إلا بالتسجيل. (حسن كيرة ص٢١٩)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها ، يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم وبأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة (نقض مدنى ٢١ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص٥٠٣)

وبأنه " مؤدى نص المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى رقم ١٤٤ لسنة ١٩٤٦ أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذ سجلت القسمة والغير فى حكم هذه المادة هو من تلقى حقا عينياً على العقار على أساس أنه ما زوال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة ، وأما من تلقى من أحد الشركاء حقاً مفرزاً فإنه لا يعتبر غيراً ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل ان تسجل القسمة إذ أن حقه فى الجزء المفرز الذى أنصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة .( جلسة ١٩٩١/١/١٦ الطعن رقم ٢٠٥١ لسنة ٥٢ق) وبأنه " المقرر فى قضاء محكمة النقض أن مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين لآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجل القسمة (جلسة ١٩٨٩/١١/٣٠ الطعن رقم ١٨٦٩ لسنة ٥٧ق ، جلسة ١٩٦٤/٤/٢ الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢٩ق س١٥ ج٢ ص٥٠٣)

**كما قضت بأن** " لا يجوز الحكم للمشترى بصحة ونفاذ البيع عن قدر مفرز إذا كان البيع شائعاً ما لم يثبت حصول قسمة نافذة ووقوع القدر المبيع فى نصيب البائع له بمقتضى هذه القسمة ذلك أن البائع له لم يكن يملك وضع يده مفرزا على

حصته قبل حصول القسمة إلا برضاء باقى الشركاء جميعاً ولا يمكن أن يكون للمشترى حقوق أكثر مما كان لسلفه لأن القضاء بالتسليم فى هذه الحالة يترتب على إفراز جزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون ( جلسة ١٩٦٥/١٢/٢ الطعن رقم ٤٩٤ لسنة ٢٩ق س ١٦ ج٣ ص١١٧٢ ) وبأنه " الغرض من تسجيل القسمة لإمكان الإحتجاج بها على الغير هو شهرها حتى يكون فى استطاعة هذا الغير أن يعلم وقت صدور التصرف إليه من أحد المتقاسمين ما إذا كان العقار موضوع التصرف قد وقع فى القسمة فى نصيب المتصرف أو لم يقع ( جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٣٠ق س١٧ ص٤١٢ ) وبأنه " الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ هو من تلقى حقاً عينياً على العقار الشائع على أساس أنه ما زال مملوكاً على الشيوع وقام بشهر هذا الحق وفقاً للقانون قبل شهر سند القسمة ( جلسة ١٩٦٥/١٢/٢ الطعن رقم ٤٩٤ لسنة ٢٩ق س١٦ ج٢ ص١١٧٢ ) وبأنه " مؤدى المادة العاشرة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ أنه بمجرد حصول القسمة وقبل التسجيل يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم ، وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة ( جلسة ١٩٦٤/٤/٢ الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢٩ق ص١٥ ج ٢ ص٥٠٣ ) وبأنه " مؤدى المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ أنه يجوز للغير اعتبار حالة الشيوع لا تزال قائمة طالما أن عقد القسمة أو الحكم المقرر لها لم يسجل وإذ كان التسجيل فى هذه الحالة قد شرع لفائدة الغير وصوناً لحقه فإنه يكون له أن يرتضى القسمة التى تمت ويعتبر بذلك تنازلاً عن هذا الحق الذى شرع لفائدته ( جلسة ١٩٥٩/١/١٥ الطعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٤ق س١٠ص ٤٣ ) وبأنه " تسجيل القسمة غير لازم فى العلاقة بين المتقاسمين على ما ينص عليه قانون الشهر العقارى " ذلك على خلاف الغير الذى لا يحتج عليه بها إلا بتسجيل وأن الطاعن فى هذا الصدد يعد غير من تلقى حقاً عينياً على العقار على أساس أنه ما زال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة ولا يعتبر المستأجر لقدر من عقار شائع غير لأنه صاحب حق

شخصى ( جلسة ١٩٨٤/١٢/١٧ الطعن رقم ٦١٤ لسنة ٤٩ق س٣٥ ص٢١٢٨ ، جلسة ١٩٨٤/٦/٥ الطعن رقم ١٩٤١ لسنة ٥٠ق ، جلسة ١٩٨١/٤/٢٨ الطعن رقم ١١٥٧ لسنة ٤٧ ق مجموعة أحكام النقض س٣٢ ص١٣٠٤) وبأنه " مؤدى نص المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة ، والغير فى حكم هذه المادة هو من تلقى حقاً عينياً على العقار على أساس أنه ما زال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة ، وأما من تلقى من أحد الشركاء حقاً مفرزاً فنه لا يعتبر غير ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجيل القسمة إذ أن حقه فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة ( جلسة ١٩٩١/١/١٦ الطعن رقم ٢٠٥١ لسنة ٥٢ق) ( جلسة ١٩٨٩/١١/٣٠ الطعن رقم ١٨٦٩ لسنة ٥٧ق) وبأنه " مفاد نص المادة ٨٤٣ من القانون المدنى يدل على أن القسمة مقررة أو كشافة للحق سواء كانت رضائية أو قضائية لها أثر رجعى فيعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع ، وأنه لم يمتلك غيرها بقية الحصص وذلك حماية للمتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص كل متقاسم نصيبه المفرز الذى خصص له فى القسمة مطهراً من هذه الحقوق ويصبح المشترى بعقد ابتدائى فى وضع يده على هذا النصيب إذا آل لغير البائع له مجرداً من السند ، يكون للمتقاسم الذى اختص به الحق فى استلامه من تحت يد المشترى كما يكون للأخير ولو لم يسجل عقده الحق فى استلام ما يوازى القدر المبيع فى حصة البائع له (جلسة ٢٠٠٥/٢/٨ الطعن رقم ٥٠٣٩ سنة ٧٣ق ، جلسة ١٩٨٠/٦/١٠ مجموعة المكتب الفنى س٣١ ع٢ ص١٦٩٨، جلسة ١٩٧٩/١٢/١١ مجموعة المكتب الفنى س٣٠ ع٣ص٢٢٠، جلسة ١٩٧٩/٥/٢٩ مجموعة المكتب الفنى س ٣٠ ع٢ ص٤٦٨ ، جلسة ١٩٨١/١٢/١٣ مجموعة المكتب الفنى س٢٢ ع٢ ص٢٢٧٧، جلسة

١٩٦٢/١/٢٥ مجموعة المكتب الفنى س١٣ ع١ ص١٢٧) وبأنه " لما كان يترتب على قسمة المال الشائع إفراز حصة الشريك فيه بأثر كاشف للحق لا منشئ له وفق ما تقرره المادة ٨٤٣ من التقنين المدنى فيعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك على الشيوع وأنه لا يملك غيرها فى بقية الحصص ، وأن تسجيل القسمة غير لازم فى العلاقة بين المتقاسمين على ما ينص عليه قانون الشهر العقارى ، ويعتبر كل متقاسم فى علاقته بزملائه المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة لنصيبه بالقسمة ولو لم تسجل على خلاف الغير الذى لا يحتج عليه بها إلا بتسجيله ، ولما كان الحكم المطعون فيه لم يعن بالرد على ما تمسك به الطاعن بشأن حصول قسمة فعلية لأطيان المورث الأصلى ولم تقع أطيان النزاع ولا جزء منها ضمن ما اختص به مورث المطعون ضده الثانى مع كونه دفاعاً جوهرياً كان يتعين التصدى له ومناقشته ، إذ لو ثبتت القسمة لكان من الجائز أن يتغير وجه الرأى فى الدعوى ، فإنه يكون مشوباً بالقصور ( نقض ١٩٧٥/١١/٢٤ طعن ٤٩٦ س ٤١ق ) وبأنه " إن القسمة لا تعد حجة على الغير ، وهو من تلقى حقاً عينياً على العقار على أساس أنه مازال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة فالمشترى لحصة شائعة ى عقار من أحد الشركاء على الشيوع إذا سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة يعتبر من الغير ، وبالتالى لا يحتج عليه بهذه القسمة ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذا العقار ، وله أن يطلب إجراء ويكون هو دون البائع له صاحب الشان فى القسمة التى تجرى بخصوص هذا العقار ، وله أن يطلب إجراء مقسمة جديدة إذا لم يرتض القسمة التى تمت دون أن يكون طرفاً فيها ، وعلى ذلك لا يعد المشترى خلفا خاصا لبائع العقار إلا بانتقال الملكية إليه بالتسجيل أما قبل ذلك فهو ليس إلا دائنا عاديا للبائع" (جلسة ٢٠٠٥/٢/٨ الطعن رقم ٥٠٣٩ لسنة ٧٣ق ، جلسة ١٩٨١/٤/٢٨مجموعة المكتب الفنى س٢٢ ع١ ص١٣٠٤ ، جلسة ١٩٨٠/١٢/٩ ، جلسة ١٩٧٥/١/٣٠ ....... س٢٦ ع١ ص٣٠١، جلسة ١٩٦٤/٤/٢ س١٥ ع١ ص٥٠٣) وبأنه "الغير فى حكم المادة العاشرة من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ فى شأن تنظيم الشهر العقارى – وعلى ما جرى به

قضاء محكمة النقض – هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة وأما من تلقى من أحد الشركاء حقاً مفرزاً لا يعتبر غير لو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة ، ومن ثم فإن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزاء مفرزا من أحد المتقاسمين ويترتب عليه فى شأنه ما يترتب عليها من شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكاً للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بمنتهى القسمة (جلسة ١٩٨٠/٢/١٢ مجموعة أحكام النقض س٣١ ص٤٧٩) وبأنه " إذا أقر الورثة القسمة التى أجراها الخبير المنتدب من قبل المحكمة ، وصدقت المحكمة على هذه القسمة وسجل محضر الخبير ، ثم تصرف أحد الورثة فى نصيبه المقسوم كله أو بعضه بعقود مسجلة أو ثابتة التاريخ ، ثم اتفق الورثة فيما بينهم بعد ذلك عل تقسيم جديد لتلك الأطيان لم يدخلوا فيه معهم من تلقى الملكية بطريق الشراء عن أحدهم ، فعقد الاتفاق الأخير لا يعتبر قسمة جديدة نافذة على أولئك المشترين ، وإنما هو عقد بدل بين ملاك ، لا يكون حجة على غير المقتسمين إلا إذا سجل وبدون ذلك لا يمكن الإحتجاج بهذا البدل على الغير الذى اكتسب حقاً على الحصة التى اختص بها الوارث البائع له بموجب القسمة الأولى وحفظ هذا الحق بالتسجيل" (نقض ١٩٣١/١٢/١٧ طعن ١٦ س ١ق )

**كما قضت محكمة النقض بأن** " القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ، ويترتب عليها فى شأنه ما يترتب عليها فى شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع ، واعتبار كل متقاسم مالكاً للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة – إلا أن شرط ذلك وطبقاً لما نصت عليه المادة ٨٣٥ من القانون المدنى– أن ينعقد إجماع الشركاء على الشيوع على قسمة المال الشائع ، فإذا لم يختصم الشريك المتصرف فى حكم القسمة ، فإنه لا يوز الاحتجاج به عليه ولا على خلفه العام أو الخاص أخذا بما هو مقرر قانوناً من أن حجية الأحكام نسبية فلا يحاج بها إلا على أطرافها ( نقض ٢٠٠٢/٤/٩ طعن ١٥٤٨ س ٦٩ق) وبأنه " وفقاً للمادة ٨٤٣ من القانون المدنى يترتب على صدور حكم بالقسمة أن يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى

الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص ، وأن ما يقضى به حكم القسمة ملزم لكافة اشلركاء المتقاسمن الذين كانوا طرفاً فى دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم " .( طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٤٣ق – جلسة ١٩٨٣/٤/٢٦) وبأنه " القسمة غير المسجلة . أثرها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه . عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت " ( طعن رقم ٣١٤ لسنة ٥٣ق – جلسة ١٩٨٧/٦/٢١) وبأنه " القسمة غير المسجلة . أثرها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه . عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة ... إلخ " ( طعن رقم ١١٢٧ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٨/١/٢٠) وبأنه " القسمة غير المسجلة . أثرها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة لنصيبه ، عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة . الغير ما هتيه . ( طعن رقم ٦٠٤ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠) وبأنه " القسمة غير المسجلة . أثرها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه ، عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة ، المقصود بالغير فى حكم المادة ١٠ من قانون تنظيم الشهر العقارى ( طعن رقم ٧٤٦ لسنة ٥٥ق – جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥) وبأنه " الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل القسمة ، وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزاً فإنه لا يعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل تسجيل القسمة ، إذ أن حقه فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة ، وذلك لما هو مقرر بالمادة ٨٢٦ /٢ من القانون المدنى من أن التصرف إذا انصب على جزء من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة ، مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزاً من أحد المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع ، واعتبار كل

متقاسم مالكاً الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة ومن ثم فإنه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزاً لم يقع فى نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء ذاته ، طالما أ، القسمة وإن كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه ، وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه إلى النصيب الذى اختص به البائع بموجب تلك القسمة " .( طعن رقم ٢٩١ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/١/٣٠) وبأنه " مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهرى العقارى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه هو دون غيره من أجزاء العقار المقسم وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة ، وأن الغير فى حكم المادة المذكورة هو من يتلقى حقاً عينياً على العقار على أساس أنه مازال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة ، أما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزاً فإنه لا يعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة ، إذ أن حقه فى الجزء المفرز الذى أنصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى من أن التصرف إذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزاً من أحد المتقاسمين ويترتب عليها فى شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكاً الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة " ( طعن رقم ١٦١ لسنة ٤٧ق – جلسة ١٩٨٠/١٢/٩) وبأنه " الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيله ، قبل تسجيل سند القسمة ، فالمشترى لحصة شائعة من أحد الشركاء على الشيوع ، إذا سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة ، يعتبر من الغير وبالتالى لا يحتج عليه بهذه القسمة ، ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن فى القسمة التى

تجرى بخصوص هذا العقار ، وله أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذا لم يرتض القسمة التى تمت دون أن يكون طرفا فيها " ( طعن رقم ١١٥٧ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/٤/٢٨) وبأنه " قضاء هذه المحكمة قد جرى بأن تسجيل القسمة غير لازم فى العلاقة بين المتقاسمين على ما ينص عليه قانون الشهر العقارى ، وذلك على خلاف الغير الذى لا يحتج عليه بها إلا بالتسجيل وأنه فى هذا الصدد يعد غيرا من تلقى حقاً عينياً على العقار على أساس أنه مازال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيل قبل تسجيل القسمة ولا يعتبر المستأجر لقدر من عقار شائع من ثم غيراً لأنه صاحب حق شخصى "( طعن رقم ٦١٤ لسنة ٤٩ق ، جلسة ١٩٨٤/١٢/١٧)

- **جواز تمسك الغير بالقسمة غير المسجلة** :

إذا كان المتقاسم لا يستطيع أن يحتج على الغير بالقسمة إلا إذا سجلت فإن الغير يستطيع أن يحتج على المتقاسم بالقسمة غير المسجلين فالمشترى للحصة الشائعة إذا قام بتسجيلها قبل تسجيل القسمة فإن المتقاسم وإن كان لا يستطيع أن يحتج عليه بالقسمة غير المسجلة إلا أن الغير يحق له بالرغم من عدم تسجيل القسمة أن يتمسك بها فى مواجهة الشركاء ، فقد أصبح بشرائه الحصة الشائعة شريكاً معهم ، وله أن يعتبر القسمة غير المسجلة نافذة فى حقه وفى حق سائر الشركاء .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " إن عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول القسمة وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من الشيوع واستقلاله بجزء من العقار وفقدانه تبعا لذلك حق طلب الشفعة . وذلك لأن التسجيل هنا إنما شرع لفائدة الغير صونا لحقوقهم ، فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم ولا بنفع على من لم يقع به " (طعن رقم ٣٤ لسنة ١١ق جلسة ١٩٤٢/١/٢٩) وبأنه " جرى قضاء هذه المحكمة على أن عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول القسمة وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من حالة الشيوع واستقلاله بجزء من العقار وفقدانه تبعاً حق الشفعة ذلك أن التسجيل هنا إنما شرع لفائدة الغير صونا لحقوقهم فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم وبنفع على من لم يقم به " (طعن رقم ٩٨ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/٣/١٧) .

**٤ـ يختلف الغبن فى القسمة الاتفاقية عن الغبن فى بيع عقار القاصر** من حيث وجوب اكمال النقص إذا زاد الغبن على الخمس إلى ما يوازى كامل حصة المتقاسم الرمزية فى الحالة الأولى وإلى أربعة أخماس ثمن المثل فى الحالة الثانية ، وأساس هذه التفرقة هو اختلاف الطبيعة بين البيع والقسمة بإعتبار الأول ناقلاً والثانية كاشفة ، فالقسمة بإعتبارها كاشفة تقرر حق المتقاسمين السابقة وتحقق المطابقة فيها بين المحل المادى والحصة المعنوية لابد وأن تقوم على مبدأ المساواة التامة فى هذه المطابقة ، أما البيع باعتباره ناقلا للملكية فيترك المجال لبعض المخاطرة والمفارقة المحتومة المسموحة بين الشئ والثمن ( حسن كيرة ص٢١٥ )

*وتنص المادة ٨٤٤ مدني على أن " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة فى تقدير الشئ بقيمته وقت القسمة فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين .*

*غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضى بالإعفاء منه فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها ويمتنع الضمان أيضا إذا كان الإستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم نفسه " .*

- **ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة** :

إذا كانت القسمة تستهدف افراز نصيب مادى محدد من الشئ الشائع لكل متقاسم يستأثر وحده بملكيته الخالصة بحيث يأتى هذا النصيب المادى مطابقا لحصته المعنوية فى الشيوع ، فلا تخدو الحال من أن يظهر بعد القسمة تعرض لأحد المتقاسمين بسبب سابق على القسمة قد ينتهى إلى استحقاق نصيبه كله أو بعضه للغير ، فمن العدل – ولابد للمتقاسم الذى استحق نصيبه فيما أصابه من استحقاق – أن يشترط باقى المقتسمين معه فى تحمل مثل هذا الخسران ، من أجل ذلك ، فرض المشرع على المتقاسمين التزاما بالضمان ( م ٨٤٤ مدنى ) فأوجب على كل متقاسم أن بضمن للمتقاسمين لآخرين ما يقع بهم من تعرض أو استحقاق فى المال المفرز الذى وقع فى نصيبهم نتيجة للقسمة ولما كان ضمان التعرض والاستحقاق

مفهوما فى البيع وقائما على أنه عقد ناقل للملكية فيجب على البائع أن يضمن للمشترى الملكية التى نقلها له ، فإن هذا الضمان فى القسمة ، والقسمة كاشفة لا ناقلة يقوم على أساس آخر و أن القسمة تقتضى المساواة لتامة فيما بين المتقاسمين ، فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد اختلت هذه المساواة ووجب الضمان، ويجب فيما لم يرد فيه نص فى ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة أن نرجع إلى أحكام ضمان التعرض الاستحقاق فى البيع ، ما لم تكن هذه الأحكام تتعارض مجع وصف القسمة بأنها كاشفة أو مع تحقيق المساواة ما بين المتقاسمين .

**وقد قضت محكمة النقض** فى عهد التقنين المدنى الأسبق ، وكان هذا التقنين لا يشتمل على نص فى ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة بأن القواعد التى تحكم ضمان البائع هى التى تحكم ضمان المتقاسم (نقض مدنى ١٠ اكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٧ ص١٩٢)

ويجب الضمان فى كل قسمة اتفاقية كانت أو قضائية عينية أو قسمة تصفية بمعدل أو بغير معدل صريحة أو فعلية ويمتد الضمان للتصرفات المعادلة للقسمة .

- **الشروط الواجب توافرها لقيام ضمان التعرض والاستحقاق** :

هناك بعض الشروط التى يجب توافرها لقيام ضمان التعرض والاستحقاق وهى :

**الشرط الأول** : **وقوع تعرض أو استحقاق** : فيجب أن يقع تعرض أو استحقاق لتحريك الضمان فلا يكفى أن تكون هناك عيوب خفيفة ف المال المفرز الذى وقع فى نصيب المتقاسم والقانون لم يوجب فى القسمة ضماناً للعيوب الخفية كما أوجب فى البيع ويرجع ذلك إلى سببين : أولهما أن الأموال الشائعة إذا كانت فيها عين معيبة ، فلابد من دخول هذه العين فى القسمة ومن وقوعها فى نصيب أحد الشركاء ، فهذا لا يمكن التحرر منه ، ومن ثم لا يكون هناك ضمان خاص للعيوب الخفية فى القسمة ، والسبب الثانى أنه يمكن فى اقسمة الاتفاقية مواجهة العيوب الخفية بجزاء خاص القسمة وهو الجزء الخاص بالغبن ، فإذا وقعت عن معيبة فى نصيب أحد الشركاء ، وكان العيب بحيث يلحق بالمتقاسم بنا يزيد على الخمس فإن له أن ينقض القسمة للغبن إلا إذا أكمل ما نقص من حصته بسبب العيب . فإذا كان التعرض أو الاستحقاق صادراً من الغير طبق حكم المادة ٨٤٤ مدنى سالفة الذكر . أما إذا وقع

التعرض من أحد المتقاسمين ، فإنه يجب تطبيق القواعد العامة وتطبيق هذه القواعد يقتضى أن المتقاسم يجب أن يمتنع عن التعرض المادى المتقاسم آخر ، فإذا كان فى الأموال الشائعة متجر وقع مفرزاً فى نصيب أحد المتقاسمين لم يجز لمتقاسم آخر أن يتعرض تعرضاً مادياً للمتقاسم الذى وقع فى نصيبه المتجر فيقيم متجراً آخر بنافسه ويعمل على جذب عملاء المتجر الأول ، وهذا ما يقتضيه مبدأ حسن النية فى تحديد مضمون العقد وتنفيذه ( م ١٤٨ مدنى ) .

أما إذا كان تعرض المتقاسم مبنيا على سبب قانونى كأن كان فى الأموال التى كانت محلا للقسمة عين مملوكة ملكا خاصا لأحد المتقاسمين وليست شائعة فوقعت ف نصيب متقاسم ، آخر كان متقاسم المالك لهذه العين أن يستردها منه ، ولا يمنعه من ذلك التزام بالضمان ، ذلك أن القسمة كاشفة عن الحق لا ناقلة له والمالك للعين لم ينقل ملكيتها بالقسمة للمتقاسم الآخر فليس عليه التزام بالضمان وإنما يجوز هنا إبطال القسمة للغلط ، كما يجوز بعد أن يسترد المالك العين المملوكة له ، أن يطلب المتقاسم الذى وقعت هذه العين فى نصيبه نقض القسمة للغبن إذا توافرت شروطه أو يرجع بضمان الاستحقاق على الوجه الذى سنبينه وهذه الأحكام عينها هى التى يجب تطبيقها حتى إذا وقعت الغبن فى نصيب المتقاسم نفسه الذى يملكه ملكاً خاصاً فإن لهذا المتقاسم أن يرجع بضمان الاستحقاق على المتقاسمين معه ، كما له أن يطلب إبطال القسمة للغلط أو نقضها للغبن (السنهورى ص٩١٦) ويذهب بعض الفقهاء إلى ان المتقاسم يضمن تعرضه المبنى على سبب قانونى فلا يستطيع استرداد لعين المملوكة له ملكا خاصا ولا يبقى أمامه إلا إبطال القسمة للغلط ( بلانيول وريبير ومورى وفيالتون ٤ فقرة ٦٨٦ ص٩٣٢ – بلانيول ويبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٨٧ وفى نفس المعنى منصور مصطفى منصور ص٢٢٩ – أحمد سلامة ص٤٢٣)

**الشرط الثانى** : **أن يكون التعرض أو الاستحقاق بسبب سابق على القسمة**: فلا ضمان إذا كان السبب لاحقا على القسمة بشرط أن يكون لدى المتقاسم الوقت الكافى لدفع هذا التعرض وإلا اعتبر السبب فى حكم السبب السابق على القسمة مثال ذلك أن يكون هناك حائز للحصة التى وقعت فى نصيب المتقاسم ولا يبق على

اكتساب الحائز لهذه الحصة إلا أيام وتكتمل مجدة التقادم وهى غير كافية للشكف عن هذا الغصب ثم اتخاذ الإجراءات اللازمة لقطع التقادم ، ففى هذا الفرض يرجع المتقاسم بالضمان على باقى المتقاسمين ( أنور طلبه ص٥٧٥)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " من المقرر وفقا لنص المادة ٨٤٤ من القانون المدنى أن المتقاسمين يضمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق سابق على القسمة ذلك لأن ضمان التعرض يقوم على أساس أن القسمة تقتضى المساواة التامة بين المتقاسمين فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد انتقلت هذه المساوة ووجب الضمان ومن المقرر أيضا أن تسجيل القسمة غير لازمة فى العلاقة بين المتقاسمين ( جلسة ١٩٨٥/٢/١٢ الطعن رقم ٨٤٩ لسنة ٥١ق) وبأنه " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق إلا فيما كان منهما لسبب سابق على القسمة فيمتنع الضمان إذا كان التعرض أو الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة" (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص٥٠٦)

**الشرط الثالث** : **عدم جوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم** : يشترط كذلك لإفادة المتقاسم من الضمان أن لا يكون هو المتسبب بخطئه فى استحقاق الغير نصيبه المفرز المقسوم له ، غذ يكون طبيعيا أن يتحمل وحده بهذا الخطأ دون أن يملك اجبار الباقين على مشاركته فى تحمله ، ولذلك تقضى المادة ٢/٨٤٤ بأنه " يمتنع الضمان .... إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه " وعلى هذا فلا رجوع بالضمان للمتقاسم الذى يقصر فى الدفاع فلا يتمسك مثلا بالتقادم المكسب ، وأو يغفل – بوجه عام – عن اشراك باقى المتقاسمين معه فى الدعوى المرفوعة عليه رغم أنه كان فى امكانهم دفع الدعوى بدفع قاطع كان كفيلا برفضها ( حسن كيرة ص٢٣٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : ويسقط الضمان كذلك ذا كان سببه راجعا إلى خطأ المتقاسم كأن أهمل فى قطع التقادم . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ص١٢٨)

**الشرط الرابع** : **عدم وجود شرط يعفى من الضمان** : وتقول العبارة الأولى من الفقرة الثانية من المادة ٨٤٤ مدنى سالفة الذكر " غير أنه لا محل للضمان إذا كان

هناك اتفاق صريح يقضى منه فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها "فإذا كان الضمان مقرراً لكل متقاسم قبل بقية المتقاسمين تحقيقا للمساواة بينهم ، فليس ما يمنعهم من النزول عن تطلب هذه المساواة بالاتفاق على الإعفاء منه ، ولن المشرع لا يطلق لهم فى حرية عقد هذا الاتفاق ، بل يقيده بأن يكون اتفاقا صريحاً لا ضمنيا حتى يستيقن من اتجاه إرادتهم إلى النزول عن حقهم فى اشراع ما تعرضه القسمة لهم من ضمان ، ويقيده كذلك بأن يحدد فى هذا الاتفاق الصريح سبب معين للاستحقاق المتفق على الإعفاء من ضمانه ، فلا يجوز فى القسمة ما يجوز فى البيع من الاتفاق على الإعفاء إعفاء عاما من الضمان دون تحديد أو تعيين لسبب الاستحقاق ، والا شاع تضمين عقود القسمة مثل هذا الإعفاء العام مما يقلب القسمة إلى عقد احتمال وهو ما يتنافر مع طبيعتها وما تفرضه فى الأصل من تحقيق المساواة التامة بين المتقاسمين . (حسن كيرة ص٢٣٥)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " مفاد نص المادة ٢/٨٤٤ من القانون المدنى أنه لا محل للضمان فى القسمة إذ وجد شرط صريح فى العقد يقضى بالإعفاء من الضمان وذكر فى هذا الشرط بسبب الاستحقاق بالذات المراد الإعفاء فى ضمانه" (جلسة ١٩٧٥/٤/١ الطعن رقم ٥١ لسنة ٤٠ق س٢٦ ص٧٢٨)

- **الآثار المترتبة على تحقق الضمان** :

إذا توافرت شروط الضمان على النحو السابق ، فيلتزم المتقاسمون – فى حالة التعرض – بالاشتراك مع المتقاسم المتعرض له فى دفعه ، بحيث يكون لهذا المتقاسم أن يدخلهم فى الدعوى المرفوعة عليه من الغير أو يخطرهم برفعها ليتدخلوا فيها ، فإذا وقع الاستحقاق فينحصر التزامهم بالضمان فى مجرد تعويض المتقاسم المستحق منه ، ذلك أن المشرع لا يريد أن يجعل من الاستحقاق سببا لنقض القسمة وإعادتها من جديد إلا أنه ليس ثم ما يعيب القسمة فى ذاتها ، وإذا كان قد وقع من بعد – بسبب سابق على القسمة – استحقاق كلى أو جزئى للنصيب المفرز لأحد المتقاسمين ، فيكفى فى إعادة ما احتل من المساواة بعد القسمة نتيجة ذلك تعويض المتقاسم المستحق منه بمبلغ نقدى دون حاجة إلى بدء قسمة جديدة وقلقلة ما استقر من أوضاع أو ترتب من حقوق على الأنصبة المفرزة

لباقى المتقاسمين . وإذا كان الضمان منحصراً على هذا النحو فى التعويض ، فبديهى أن المتقاسمين جميعاً – بما فيهم المتقاسم المضمون يتحملون مما عواقب الاستحقاق باعتبار أنه – وهو يرتد إلى سبب سابق على القسمة – ينتقص مما أن يجب أن تنصب عليه القسمة من أموال فيوزع التعويض عليهم جميعا بحيث يكون كل من المتقاسمين الضامنين ملتزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان ، ويتحمل مستحق الضمان كذلك بنسبة حصته فإذا وجد بين المتقاسمين معسر ، وزع القدر الذى يلزمه فى التعويض على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين (م ١/٨٤٤ مدنى) . (حسن كيرة ص٢٣٥)

ويجب فى هذا الموضع أن تميز بين ثلاثة فروض الأول أن يكون الاستحقاق استحقاقا كليا ، فيجب على المتقاسمين الآخرين دفع تعويض كامل للمتقاسم الدائن بالضمان على النحو الذى سنبينه الثانى أن يكون الاستحقاق استحقاً جزئياً فيجب على المتقاسمين الآخرين أن يدفعوا للمتقاسم الدائن بالضمان تعويضاً بقدر الضرر الذى أصابه على التفصيل الذى سنذكره الثالث أن يكون المتقاسم الدائن بالضمان قد دفع للمتعرض شيئاً فى مقابل حقه صلحا أو إقراراً بهذا الحق فيجب لى المتقاسمين الآخرين إذا أرادوا أن يتخلصوا من ضمان الاستحقاق أن يردوا للمتقاسم الدائن بالضمان ما أداه للمتعرض . (السنهورى ص٩٢١)

وقد قطع المشرع المصرى كل خلاف حول الوقت الذى يتخذ أساساً لتقدير التعويض بنصه على أن تكون العبرة فى تقدير الشئ بقيمته وقت القسمة ( م ١/٨٤٤ ) لا وقت الاستحقاق كما هو الحال فى البيع ، والواقع أن اتخاذ وقت القسمة أساساً للتقدير هو المتفق مع حقيقية الضمان فى القسمة وكونه إعادة للمساواة التى حققتها القسمة واختلت بعدها نتيجة الاستحقاق فلا تتأتى هذه الإعادة إلا بالنظر إلى وقت تحقق هذه المساواة أصلا وهو وقت القسمة ، دون اعتداد بما يكون قد طرأ بعد القسمة من زيادة أو نقص فى الأنصبة المقسومة . (حسن كيرة ص٢٣٦)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " أحكام ضمان التعرض الواردة فى التقنين المدنى ضمن النصوص المنظمة لعقود البيع ليست قاصرة عليه بل هى تسرى على

كل عقد ناقل للملكية أو الحيازة أو الانتفاع وإذ كانت قسمة المال الشائع – وعلى ما جرى به نص المادة ٨٤٣ من القانون المدنى – من شأنا زوال حالة الشيوع وانفراد كل متقاسم بملكية الجزء الذى انتجته له القسمة دون باقى الأجزاء التى آلت إلى باقى المتقاسمين والتى كان يملك – قبل القسمة حصته شائعة فيها مقابل زوال ما كان يملكه باقى المتقاسمين من قدر شائع فى الجزء الذى آل إليه ، فإن عقد قسمة المال الشائع يخضع لذات أحكام ضمان التعرض المقررة لعقد البيع وبالقدر الذى لا يتعارض مع ما للقسمة من أثر كاشف فيمتنع على كل متقاسم أبداً التعرض لأى ن المتقاسمين معه فى الانتفاع بالجزء الذى آل إليه بموجب عقد القسمة أو منازعته فيه ، لما كان ذلك وكان ما دفع به الطاعنون من سقوط عقد القسمة بالتقادم هو منهم تعرض للمتقاسمين معهم يمتنع قانوناً عليهم ، فإن هذا الدفع يكون غير مقبول ( نقض ١٩٨٤/٣/٨ طعن ١١٣٠ س ٥٠ق ) وبأنه " القواعد التى تحكم ضمان البائع هى التى تحكم ضمان المتقاسم وعلى ذلك فالمتقاسم الذى يعلم وقت القسمة أن ما اختص به فيها مهدد بخطر الاستحقاق بسبب أحيط به علما من طريق من تقاسم معه او من طريق آخر لا يسوغ له فى حالة الإستحقاق أن يرجع على قسيمة إلا بقيمة ما استحق وقت القسمة ، لأن قيمة الأموال المستحقة فى عقد القسمة يقابل تعيين الثمن فى عقد البيع ، والمقرر فى أحكام عقد البيع ، والمقرر فى أحكام عقد البيع ، على ما يستفاد من نص المادة ٢٦٥ من القانون المدنى " القديم " أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشترى عالما وقت الشراء بسبب الاستحقاق وأنه مع هذا العلم لا حاجة إلى شرط عدم الضمان ليمتنع على المشترى الرجوع على البائع بأى تعويض فى حالة الاستحقاق ( نقض ١٩٤٦/١٠/١٠ ج ٢ فى ٢٥ سنة ص٨٨٤) وبأنه "ومن المقرر وفقاً لنص المادة ٨٨٤ من القانون المجدنى أن المتقاسمين يضمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ذلك لأن ضمان التعرض يقوم على أساس أن القسمة تقتضى المساواة التامة بين المتقاسمين فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد إنتفت هذه المساواة ووجب الضمان ، ومن المقرر أيضا أن تسجيل القسمة غير لازم فى العلاقة بين المتقاسمين ( نقض ١٩٨٥/٣/١٢ طعن ٨٤٩ س٥١ق)

• **عدم تعلق أحكام الضمان بالنظام العام :**

لا تتعلق أحكام الضمان فى القسمة أو البيع بالنظام العام وبالتالى يجوز الاتفاق على تعديلها بالزيادة أو النقص أو الإسقاط فقد نصت المادة ٤٤٥ مدنى فيما يتعلق بضمان الاستحقاق فى البيع على أن : "يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق أو أن ينقصا منه ، أو يسقطا هذا الضمان ، ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى " ومثل الاتفاق على زيادة الضمان اشتراط ضمان نزع ملكية العين بعد القسمة واشتراط ضمان يسار المدين عند الوفاء .

ومثل الاتفاق على انقاص الضمان اشتراط عدم ضمان حقوق الارتفاق . ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان المتقاسمون قد تعمدوا إخفاء حق الارتفاق ذلك أنهم يكونون قد ارتكبوا غشا واشترطوا عدم مسئوليتهم عنه ، ولا يجوز طبقا للقواعد العامة اشتراط عدم المسئولية أن الغش حتى ولو كانت المسئولية عقدية. (السنهورى ص٩٢٠ ، إسماعيل غانم ص٢٤٠)

ويفترض فى حق الارتفاق أن المتقاسمين قد اشترطوا عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان المتقاسمون قد أبانوا عنه للمتقاسم الدائن بالضمان فيكفى إذن أن يكون المتقاسم عالما بحق ارتفاق قائم على العقار ويكون علمه آتيا من طريق هذا الحق أو الإبانة عنه حتى يكون هذا العلم بمثابة شرط بعدم الضمان ، وكان الأصل أن هذا العلم وحده لا يكفى . (السنهورى ص٩٢١ ، عزمى البكرى ص٣٣٨)

• **تقادم الالتزام بالضمان :**

لم يرد فى التقنين المدنى نص بين مدة خاصة لتقادم الالتزام بالضمان الناشئ من القسمة بين المتقاسمين فكان لابد من الرجوع إلى القواعد العامة وهى تقضى بتقادم الالتزام بمضى خمس عشرة سنة (م٣٧٧ مدنى) وقد ذهب البعض إلى ان هذه المدة تبدأ فى السريان من وقت وقوع القسمة (محمد على عرفة ص٤٥٣ ، محمد كامل مرسى ص٢٤٠) بينما ذهب البعض الآخر إلى أن هذه المدة تبدأ السريان من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق . (عبد المنعم البداوى فقرة ١٦٥)

*وتنص المادة ٨٤٥ مدني على أن " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشئ وقت القسمة .*

*ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة ، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته " .*

- **نقض القسمة الإتفاقية للغبن** :

لقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٤٥ مدنى على أنه " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا ثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشئ وقت القسمة" ، فتبين من نص هذه الفقرة أن نقص القسمة للغبن مقصور على القسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية .

- **الغبن الذى يزيد على الخمس عيباً فى عقد القسمة يجيز نقضها** :

إذا وقع فى القسمة غبن يزيد على الخمس كان هذا عيباً كافياً بذاته لطلب نقض القسمة فهذا العيب يجعل عقد القسمة قابلاً للإبطال وليس من الضرورى أن يصحب الغبن تدليس أو غلط ، كما أنه ليس من الضرورى أن يكون الغبن نتيجة لاستغلال طيش بين أو هوى جامح فى الشريك المغبون ، فالغبن وحده كاف لجعل عقد القسمة قابلاً بناء على طلب الشريك المغبون .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** "وقد جعلت المادة ٨٤٥ من القانون المدنى من الغبن الذى يزيد على الخمس عيبا فى عقد القسمة يجيز بذاته طلب نقضها ، ومن ثم فإذا وقع فى القسمة غبن بالمقدار الذى حدده القانون ، جاز للشريك المغبون أن يرجع على باقى الشركاء بالغبن حتى ولو كان سبب الاستحقاق قد استبعد فى عقد القسمة من أن يكون سبباً للرجوع بالضمان وذلك تحقيقاً للمساواة بين المتقاسمين ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وذهب إلى أن اسقاط الطاعنة حقها فى الضمان بالنسبة لحصتها فى العمارة يترتب عليه سقوط حقها فى طلب نقض القسمة للغبن ، فأنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون" (نقض ١٩٧٥/٤/١ طعن ٥١ س٤٠ ق)

والغالب فى العمل أن يكون الغبن قد وقع لغلط فى قيمة الشئ ، وعندئذ يكون عقد القسمة قابلاً للإبطال للغلط إذا توافرت شروطه وكذلك قابلا للنقض إذا توافرت شروط الغبن ، أما الخطأ فى الحساب فلا يكون سبباً لا للإبطال للغلط ، ولا للنقض للغبن ، ولكن يجب تصحيحه ولو كان الغبن الذى ترتب عليه الخمس أو أقل ، وقد يقع الغبن دون أن يكون هناك غلط أو تدليس أو إكراه ، كما إذا استحق جزء من المال الذى وقع فى نصيب أحد الشركاء ، فيصبح الجزء الباقى أقل من أربعة أخماس ما يستحقه هذا الشريك ، فعند ذلك يستطيع الشريك المغبون أن يرجع على باقى الشركاء بالغين ، حتى لو كان سبب الاستحقاق قد استبعد فى عقد القسمة من أن يكون سبباً للرجوع بالضمان .

ويجوز نقض القسمة للغبن ، ولو نشأ الغبن من أن أحد الشركاء فرض عليه أن يدفع معدلاً للشريك آخر فتبين أنه معسر وقت القسمة ، وترتب على إعساره أن لحق غبن بالمقدار الذى حدده القانون الشريك الدائن بهذا المعدل كذلك يجوز للوارث الذى وقع فى نصيبه دين للتركة وتبين أن المدين كان معسراً منذ القسمة ، أن ينقض القسمة للغبن إذ ترتب على إعسار المدين أن لحق الوارث غبن بالمقدار الذى حدده القانون . ولكن لا يجوز نقض القسمة للغبن إذا كان الشريك يعلم وقت القسمة بالغبن ، وقد رضى به لالتزام طبيعى فى ذمته لشريك آخر ، أو هبة منه لهذا الشريك . (السنهورى ص ٨٥٠)

- **مقدار الغبن الذى يجيز طلب نقض القسمة وكيفية حسابه** :

مقدار الغبن الذى يلحق بالقسمة ويجيز طلب نقضها هو الذى يزيد على خمس المال الشائع محل القسمة . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٤٥ مدنى على أنه " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشئ وقت القسمة .

ولمعرفة ما إذا كان قد وقع غبن فى القسمة ، يجب تقدير المال الشائع محل القسمة ، وتقدير نصيب كل من الشركاء فى هذا المال ، وتقدر قيمة المال الشائع بواسطة خبير عند الاقتضاء ، ولا يعتد بالتقدير الوارد فى عقد القسمة ، ثم تقدر قسمة نصيب كل شريك فى هذا المال الشائع ، فإذا فرضنا أن قدرت قيمة المال

الشائع بمبلغ ٥٠٠٠ جنيه وكان هناك شركاء خمسة بحصص متساوية كان الواجب أن تكون قسمة النصيب المفرز لكل شريك ١٠٠٠ جنيه ، ويجب حتى يعتبر الشريك مغبوناً فى هذه القسمة ، أن تنزل قيمة المال المفرز الذى وقع فى نصيبه عن أربعة الأخماس حتى يكون مغبوناً ى أكثر من الخمس أى يجب أن تكون قيمة المال الذى وقع فى نصيبه أقل من ٨٠٠ جنيه أما إذا كانت هذه القيمة ٨٠٠ جنيه أو أكثر ، فإنه لا يجوز له أن ينقض القسمة للغبن فإذا فرضنا أن أربعة من خمسة الشركاء كانت قيمة نصيب كل منهم ٨٠٠ جنيه ، فيكون مجموع أنصبة الأربعة ٣٢٠٠ جنيه ، وأخذ الشريك الخامس الباقى أى أخذ ١٨٠٠ جنيه ، فبالرغم من التفاوت الكبير بين نصيب الشريك الخامس ونصيب كل من الشركاء الأربعة لا يجوز لأى من الشركاء الأربعة أن يطلب نقض نصيب كل للغبن ، لأن الغبن الذى أصاب كلا من الشركاء الأربعة لا يزيد على الخمس . (السنهورى ص٨٥١)

أو العبرة فى التقدير بقيمة المال الشائع وبقيمة نصيب كل شريك وقت القسمة وليس وقت بدء الشيوع أو وقت رفع الدعوى ، فالمراد هو تحقيق مبدأ المساواة فى حصول كل من الشركاء بمقتضى القسمة على ما يعادل حصته الشائعة فيتعين أن يكون وقت القسمة هو المرجع فى التقدير . ( البدراوى ص١٩٨ اسماعيل غانم ص١٨١)

ويعتد فى تقدير نصاب الغبن بقيمته حصة الشريك فى مجموعها فإذا كانت حصته مكونة من عقارات ومنقولات وكانت قيمة ما خصه من العقارات أقل من قيمة ما خص بقيمة شركائه منها بما تزيد على الخمس ولكن هذا النقص يعوضه زيادة فى قيمة ما آل إليه من منقولات فحينئذ لا يجوز الطعن فى القسمة بسبب الغبن فى قيمة العقارات . (عرفة ص٤٥٢)

- **القسمة التى يجوز فيها النقص للغبن** :

سبق أن ذكرنا أن نقص القسمة للغبن مقصور على القسمة الإتفاقية دون القسمة القضائية ومن ثم فأنه قسمة اتفاقية يجوز نقصها للغبن سواء كانت عينية وكلية أو جزئية بمعدل أو بغير معدل حتى لو تمت بطريق التصفية وتم البيع لأاحد الشركاء إذ يعتبر البيع هنا بمثابة قسمة فإن كان المعدل " الثمن " فيه غبن يجاوز

خمس القيمة وقت القسمة كان لأى من الشركاء ، فيما عدا من اختص بالعين أن ينقض القسمة ، وإذا تمت القسمة بعدة عقود فالعبرة فى بيان الغبن هو بمجموع هذه العقود ، ولا مجال لأعمال أحكام الغبن فى العقود الإحتمالية كالشريك الذى يرتب إيرادا مدى الحياة لشريكه مقابل حصته فى العين . (أنور طله ص٥٧٩)

وقد يستر المتقاسمون عقد القسمة فى صورة عقد آخر كعقد بيع أو عقد مقايضة و عقد صلح أو غير ذلك من العقود وفى جميع هذه الأحوال بعقد تحقيقه العقد لا بصوريته فيكون عقد قسمة اتفاقية يجوز فيها نقض القسمة للغبن .

- **دفع دعوى نقض القسمة للغبن** :

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدنى على أنه " يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة ...إلخ " فدعوى نقض القسمة والتى يطلق عليها البعض دعوى الغبن يجب أن ترفع خلال السنة التالية للقسمة ، ويجوز رفعها من وارث الشريك المغبون أو من دائنه بالدعوى غير المباشرة ، ولكن لا تقبل من الشريك غير المغبون ، وترفع على باقى الشركاء ، والسنة هنا ميعاد سقوط وليست مدة تقادم فلا يرد عليها الوقف أو الانقطاع إلا للسبب الأجنبي على خلاف المادة ٤٢٦ مدنى ، ومن ثم لا تقبل الدعوى إذا رفعت بعد سنة من تاريخ عقد القسمة سواء كان المتقاسم يعلم بالغبن أولا يعلم . (أنور طلبه ص٥٨٠)

- **إثبات الغبن فى القسمة** :

وعبء إثبات الغبن الذى يزد على الخمس يقع على عاتق المدعى أى الشريك المغبون وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن لأنه إنما يثبت واقعة مادية ، والغالب فى العمل أن تعين المحكمة خبيراً لتقدير قيمة المال الشائع وقت القسمة ، ولتقدير قيمة المال المفرز الذى وقع فى نصيب الشريك المغبون وقت القسمة أيضا وبمقارنة هاتين القيمتين تمكن معرة ما إذا كان الشريك قد لحقه غبن يزيد على الخمس بالنظر إلى مقدار حصته فى المال الشائع قبل القسمة . ومتى ثبت للقاضى وقوع غبن للمدعى يزيد على الخمس على النحو الذى بسطناه فإنه يتعين عليه أن يقضى بنقض القسمة ، أى بإبطالها ، ففى دعاوى الإبطال ، على خلاف دعاوى الفسخ ، لا يملك القاضى سلطة تقديرية ويحتم عليه أن يقضى بغطبال العقد متى تحقق سبب الإبطال .

- **الآثار المترتبة على القضاء بنقض القسمة** :

إذا ثبت للقاضى حصول الغبن وجب عليه القضاء بإبطال عقد القسمة فليس عليه سلطة تقديرية فى ذلك كما فى الفسخ إذ النقض إبطال للقسمة ، فتعود حالة الشيوع إلى ما كانت عليه قبلها وتعتبر القسمة كأنها لم تقع فتسقط التصرفات التى باشرها كل شريك على الحصة التى آلت إليه وتعود إلى الشيوع خالية من الحقوق التى ترتبت عليها للغير ، ولا تبقى إلا أعمال الإدارة فتنفذ فى حق باقى الشركاء .
(أنور طلبه ص٥٨٠)

- **يجوز للمدعى عليه وقف سير الدعوى** :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدنى قد نصت على أن "...... للمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته " فقد أجاز المشرع للمدعى عليه فى دعوى نقض القسمة للغبن أن يوقف سير الدعوى ويمنع إجراء قسمة جديدة وذلك بأن يكمل حصة شريكه المغبون بما يكفل تحقيق المساواة الامة بين حصة كل منهما وحساب ما نقص من حصة الشريك المغبون يعتد فيه بوقت القسمة لا بوقت الدفع ويجب أن يضاف إلى ذلك ثمرات هذا الجزء الناقص أو فوائده من وقت القسمة إلى وقت الدفع حتى يكون تعويض الشريك المغبون كاملاً. وإكمال نصيب الشريك المغبون على هذا النحو يصح أن يكون نقداً أو عيناً فالنقد يكون بدفع مبلغ من النقود يساوى ما نقص من حصة الشريك المغبون على الوجه الذى سبق بيانه ، وقد يكون الإكمال عينا بأن يدفع إلى الشريك الغبون جزء من المال المقسوم عينه يكمل حصته والخيار بين الدفع نقداً أو الدفع عيناً يكون للمدين ، أى للمدعى عليه فى دعوى نقض القسمة للغبن فإذا عرض المدين الدفع نقداً وقبله الشريك المغبون فلا يصح للمدين بعد ذلك العدول عن الدفع نقداً إلى الدفع عيناً والعكس صحيح ، إذا عرض المدين الدفع عيناً وقبله الشريك المغبون لم يجز للمدين بعد ذلك العدول إلى الدفع نقداً .
(السنهورى ص٨٥٦)

ويجوز للمدعى عليه عرض اكمال حصة المدعى فى أية حالة يكون عليها الدعوى ولو أقام الإستئناف بل له ذلك حتى بعد صدور حكم نهائى وقبل إجراء

القسمة الجديدة . وإذا تعدد المدعى عليهم وهذا ما يقع كثيراً فى العمل فلابد من أن يتفق هؤلاء جميعاً على مبدأ الإكمال نفسه ، فإن لم يوافق من الشركاء على الإكمال لا يلتزم به وإذا دفع الشركاء الذين وافقوا على الإكمال ما يكمل نصيب الشريك المغبون كله ، لم يرجعوا على من لم يوافق من الشركاء بشئ . ويجوز لدائنةى المدعى عليهم التدخل فى دعوى نقض القسمة للغبن ، وعرض إكمال حصة الشريك المغبون نيابة عن مدينهم . (السنهورى ص٨٥٦)

- **النزول عن نقض القسمة للغبن** :

لقد أجازت المادة ٨٤٥ من القانون المدنى للمتقاسم الذى لحقه عنه بسبب القسمة يزيد على الخمس أن يطلب نقض القسمة فإن كان الغبن لا يزيد عن ذلك لزمته القسمة . ولما كانت المادة ١٣٩ من ذات القانون تجيز النزول عن الحق صراحة أو ضمناً وبالتالى فإن حق المتقاسم فى نقض القسمة للعبن يسقط إذا نزل عن حقه ضمناً ، بأن تدل ظروف الحال بما لا يدع مجالا للشك بإتجاه إرادة المتقاسم إلى النزول عن حقه ، وهو عالم بأن له الحق فى نقض القسمة ، وإلا جاز له التمسك بذلك إذا ما توافرت لديه الغلط الذى حال بينه وبين ذلك . (أنور طلبه ص٥٨١)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " المادة ١/٨٤٥ من القانون المدنى تجيز للمتقاسم نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أنه قد لحقه غبن ن الخمس ، إلا أنه طبقا لحكم الفقرة الأولى من المادة ١٣٩ من القانون المذكور يزول حق المتقاسم فى ذلك بالإجازة الصريحة أو الضمنية" (نقض ١٩٨٢/١١/٧ طعن ٤٨٣ س٤٩ق) وبأنه " المادة ٨٤٥ من القانون المدنى قد جعلت من الغبن الذى يزيد على الخمس عيبا فى عقد القسمة يجيز بذاته للشريك المغبون له نقضها ولهذا الشريك ان يجيز القسمة التى لحقه منها عبن فتصبح بعد ذلك غير قابلة للنقض وهذه الإجازة كما تكون صريحة يجوز أن تكون ضمنية إذ القانون لم يشترط لتحققها صورة معينة وتصرف الشريك المغبون فى كل أو بعض نصيبه بعد علمه بالغبن الذى لحقه وظروفه ك يمكن أن يعتبر أجازه ضمنية للقسمة ونزولا منه عن حقه فى طلب نقضها إذا دلت ظروف الحال على أن نيته قد أتجهت إلى التجاوز

عن هذا العيب وإلى الرضاء بالقسمة رغم وجوده ، وتقدير تلك الظروف وتعرف هذه النية من شئون محكمة الموضوع" (نقض ١٩٦٨/١٢/٥ طعن ٣٥٩ س٣٤ق)

*وتنص المادة ٨٤٦ مدني على أن " في قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع ، متنازلاً لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء ، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزد على خمس سنين فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب فى التجديد .*

*وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك ، وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة " .*

- **قسمـــة المهايـــأة** :

وهى تسمى أيضا بالقسمة المؤقتة لأنها لا تبقى لا لمدة معينة ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ مدنى على أنه : فى قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع ، متنازلاً لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء ، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين ، فإذا لم تشترط لها مدة ، أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشرك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب فى التجديد " فتبين من نص هذه الفقرة أن قسمة المهايأة ترد على الانتفاع بالمال الشائع وليس على ملكيته ويلجأ إليها الشركاء لتفادى مشاكل وإجراءات إدارة المال الشائع . (حسن كيرة ص٤٤٣)

- **أنواع القسمة المهايأة** :

هناك نوعان لقسمة المهايأة هما : ١- القسمة الزمانية : وهى تلك التى تكون حينما يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الإنتفاع بجميع المال الشائع كل منهم مدة تتناسب مع حصته ، وهذا النوع سوف نعرض له بالتفصيل عند التعليق على المادة ٨٤٧ مدنى . ٢- قسمة المهايأة المكانية :وهى تحصل بأن يجمع الشركاء على أن

يختص كل واحد منهم بمنفعة جزء مفرز من المال الشائع وهذا النوع هو ما تعرض له المادة ٨٤٦ مدنى التى نحن بصددها .

- **قسمة المهايأة المكانية** :

وهى القسمة التى يتفق فيها الشركاء المشتاعون على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع ، فى مقابل التنازل لشركائه عن الانتفاع بباقى الأجزاء . (الصدة ص٢٦٧ – المنجى ص٢٦٥)

أو هى أن يتبادل الشركاء منافع المال المشترك ، بقسمته بينهم قسمة مؤقته ، فهى من قبيل الإفراز جميع منفعة كل من الشركاء فى قطعة مفرزة من المالك الشائع. (محمد عرفة ص٢٠٢)

وبهذا يستقل كل واحد من الشركاء بالجزء المفرز الذى اختص به ، وبالتالى يستقل بإدارته والانتفاع به واستغلاله على انفراد ، سواء بنفسه أو بواسطة غيره ، دون أن يتقاضى منه باقى الشركاء شيئا ، وذلك مقابل عدم مطالبته هؤلاء الشركاء بشئ ، نظير استقلالهم بالإدارة والانتفاع والاستغلال لباقى الأجزاء المفرزة الآخرى ، التى حازوها ن المال الشائع . (السنهورى ص٨١٦)

ومن ثم فلكل شرك أن يسكن الدار ، أو يزرع الأرض بنفسه ، أو أن يؤجرها للغير . (محمد علي عرفة ص٤٥٤)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** "١- قسمة المهايأة . قيامها على انفراد اشلريك بمنفعة جزء مفرز من المال الشائع مقابل تنازله عن الانتفاع بباقى الأجزاء مدة سريان المهايأة .٢- النص فى الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ من القانون المدنى يدل على أن للشركاء على الشيوع فى الملكية أن يتفقوا على قسمة المهايأة لمدة معينة فيقسمون المال بينهم منفعة لا قسمة ملك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته فى المال الشائع فيستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقى الشركاء ، ذلك أن الشريك بمقتضى هذه المهايأة يحصل على نصيب باقى الشركاء فى منفعة الجزء الذى اختص به فى مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو فى منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى " ( طعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٢ق – جلسة ١٩٨٩/١٢/٦)

والأمثلة على المهايأة المكانية كثيرة منها أن يكون المال الشائع عبارة عن أرض زراعية يمتلكها أربعة شركاء ، فيختص الشريك الأول بالجزء البحرى ، والثانى بالجزء القبلى ، والثالث بالجزء الشرقى والرابع بالجزء الغربى . أو أن يكون المال الشائع عبارة عن منزل مكون من أربعة طوابق ، يمتلكه أربعة شركاء فيختص كل شريك بطابق معين ، وهكذا .

- **مــدة قسمــة المهــايــأة** :

تنص المادة ٨٤٦ مدنى على أنه " فى قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع، متنازلاً لشركائه فى مقابل ذلك عن الإنتفاع بباقى الأجزاء ، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين ، فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ، ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه – قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر – أنه لا يرغب فى التجديد " .

فيلاحظ من هذه الفقرة أن المدة القانونية لقسمة المهايأة المكانية لا تزيد على خمس سنين ، فلا يجوز الاتفاق بين الشركاء المتقاسمين على قسمة منفعة المال الشائع قسمة المهايأة مكانية لمدة تزيد على خمس سنوات وإذا حدق أن اتفقوا على مدة على خمس سنوات ، كان هذا الاتفاق باطلا فيما زاد على المدة القانونية ، أى فيما زاد على الخمس سنوات ، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة فى القانون المدنى التى تقضى بأنه إذا كان عقد قسمة المهايأة المكانية فى شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال ، أما إذا اتفق الشركاء المشتاعون على قسمة المهايأة المكانية دون اشتراط مدة معينة ، أو انتهت المدة الأصلية المتفق عليها ، ولم يحصل اتفاق جديد فحكم هذه الحالات هو أن تكون مدة القسمة سنة واحدة ، قابلة للتجديد ، ما لم يعلن أحد الشركاء باقى شركائه – قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة شهور – عدم رغبته فى التجديد . (الدكتور / محمد كامل مرسى ، فى الأموال والحقوق وحق الملكية بوجه عام ، الطبعة الثانية ١٩٥١ س٢٥٤)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " القاعدة الواردة بالمادة ١/٨٤٦ من التقنين المدنى القائم ، والتى تقضى بأنه إذا اتفق على قسمة المهايأة المكانية ، ولم تشترط

لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ، ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة ، تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه – قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر – أنه لا يرغب في التجديد ، هى قاعدة مستحدثة لم يكن لها نظير فى التقنين المدنى الملغى ، فلا يجوز أعمالها بأُر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم" ( نقض مدنى ١٩٧٠/٥/١٩ مجموعة محكمة النقض ٢١-٨٦٢-١٣٨)

- **تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية** :

تنص الفقرة الثانية من المادة (٨٤٦) مدنى على أنه " " وإذا دامت هذه القسمة خمسة عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك ، وإذا حاز الشر يك على الشيوع جزءا مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة " وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى "..... وتنقلب المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية دون أثر رجعى ، وإذا دامت خمس عشرة سنة ، ما لم يتفق الشركاء مقدما على غير ذلك ، وهذا تجديد خطير فى المشروع ، ولكنه تجديد له ما يبرره ، فإن المهايأة المكانية التى تدون خمسة عشرة سنة ، دون أن يرغب أحد فى إنهائها ، هى خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا إليها ، وقد وصلوا إليها فعلا بالتجربة واطمأنوا لنتائجها ، فإن كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم إلا أن يتفقوا مقدما على أن قسمة المهايأة لا تنقلب إلى قسمة نهائية " يلاحظ مما تقدم أنه تنقلب قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بقوة القانون إذا دامت ١٥ سنة وتملك كل شريك الحصة المفرزة التى كانت فى حيازته " .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من القانون المدنى تنقلب قسمة المهايأة المكانية التى تدون خمس عشرة سنة إلى قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك ، كما اعتبر المشرع فى الشق الأخير من تلك الفقرة حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، قرينة قانونية على أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة ، مما مؤداه أنه إذا لم يثبت عكس هذه القرينة ، فإن حيازة الشريك على الشيوع لجزء

مفرز من المال الشائع تؤدى إلى ملكيته لهذا الجزء إعمالا لهذه القرينة وللحكم الوارد فى صدر الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ المشار إليها" (نقض مدنى ١٩٦٩/٦/٢٦ مجموعة محكمة النقض ٢٠-٢-١٠٨٤-١٩٧ ) وبأنه " يشترط – وفقا للمادة ٨٤٦-٢ من القانون المدنى – حتى تتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية ، أن تدون حيازة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، وأن لا يكون الشركاء قد اتفقوا مقدما على خلاف ذلك ، وإذا كان الثابت فى الدعوى أن القسمة – قسمة نظر – لم تنقلب إلى قسمة نهائية ، لعدم مضى مدة خمس عشرة سنة من وقت صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، فإن مقتضى ذلك اعتبار البائعين إلى الطاعن مازالوا مالكين لأنصبتهم على الشيوع فى الأعيان ، التى كانت موقوفة ومن بينها العقار موضوع قيمة النظر " ( نقض ١٩٧١/١/٢٦ مجموعة محكمة النقض ٢٢-١-١٣٢-٣٢) وبأنه " تمسك الطاعن فى دفاعه أمام محكمة الموضوع بوجود قسمة مهايأة بينه وبين المطعون ضده ، لورثة النزاع والشقة المختلفين عن مورثهما اتفقا بموجبها على أن يختص الأخير بالشقة ، وأن القسمة انقلبت إلى نهائية بمضى خمس عشرة طبقا للمادة ٢/٨٤٦ مدنى / طالبا تمكينه من إثبات ، دفاع جوهرى . التفات الحكم المطعون فيه عنه أخذا بإقرار الطاعن أمام الخبير بأن للمطعون ضده حصة ميراثية فى الورثة ، فساد فى الاستدلال وإخلال بحق الدفاع" (نقض مدنى ٢٠٠٠/١١/٢١ طعن ٥٢٨٥ لسنة ٦٩ق)

ويراعى أنه متى انقلبت قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية على نحو ما تقدم ، وجب شهرها بطريق التسجيل عملا بالمادة العاشرة من قانون الشهر العقارى ، فيحرر المتقاسمون عقدا بذلك تتخذ فى شأنه إجراءات الشهر ، وفقاً للموضح بصدد شهر التصرفات المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية فإن عارض أحد المتقاسمين أو بعضهم منكرا تحقق القسمة النهائية، جاز لأى من الشركاء إقامة دعوى يختصم فيها باقى الشركاء جميعاً ، الموافق والمعترض ، يتحقق القسمة النهائية باستدامة قسمة المهايأة خمس عشرة سنة ، وتلك واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق ، ومتى ثبت ذلك للمحكمة ، قضت بتحول قسمة المهايأة إلى قسمة

نهائية ، ويكون الحكم حينئذ متى أصبح نهائيا محرراً واجب الشهر ، ويخضع فى شهره للإجراءات الموضحة بصدد شهر الأحكام المثبتة للتصرفات المقررة .

وعملاً بالمادتين ٨٤٣ ، ٨٤٦ من القانون المدنى تنقلب قسمة المهايأة المكانية أى تصبح هى نفسها ، قسمة نهائية منذ بدء الشيوع ، فيعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك شيئا فى بقية الحصص ، وليس منذ بدء قسمة المهايأة أو منذ انقضاء خمس عشرة سنة على تلك القسمة ، وبالتالى لا تنفذ فى حقه تصرفات غيره من الشركاء الواردة على حصته منذ بدء الشيوع .

- **الأهلية اللازمة لتحول القسمة إلى نهائية** :

يلزم لتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية أن يكون الشركاء الذين تم الإتفاق بينهم ابتداء على المهايأة كاملى الأهلية ، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية فلا يجوز التمسك فى مواجهته بتحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية بعد مضى خمس عشرة سنة على الاتفاق المنشئ لها .

- **حيازة الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة** :

إذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افتراض أن حيازته لهذا الجزء مستند إلى قسمة مهايأة ( م ٢/٨٤٦ مدنى ) وهى قرينة قابلة لإثبات العكس ، فإذا لم يثبت العكس فإن حيازة الشريك لجزء مفرز مدة خمس عشرة سنة تؤدى على خلوص ملكية هذا الجزء مفرز للشريك الحائز إعمالاً لهذه القرينة وللحكم الوارد بالنص معاً ( منصور مصطفى منصور ص١٩٨– اسماعيل غانم ص١٨٤ – السنهورى ص١٠٨٠ – عبد المنعم الصدة ص٢٥٨ ) ويجوز لباقى الشكاء أن يثبتوا أنه رغم استناد هذه الحيازة إلى قسمة مهايأة إلا أن هناكل اتفاق على ألا تنقلب هذه القسمة إلى نهايته .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " قسمة المهايأة المكانية لا تتحول إلى قسمة نهائية وفقاً للمادة ٢/٨٤٦ من القانون المدنى إلا بدوام حيازة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ما لم يتفق الشركاء مقدما على خلاف ذلك" (جلسة ١٩٨١/٣/١٩ الطعن رقم ٨٨١ سنة ٤٥ مجموعة أحكام النقض السنة

٣٢ س٨٧١ ، جلسة ٥/١/١٩٨٣ الطعن رقم ٤٥ لسنة ٤٩ق) ( جلسة ٦/٥/١٩٨٥ الطعن رقم ١٤ لسنة ٥٢ق) وبأنه "مفاد المادة ٨٤٦من التقنين المدنى أن حيازة الشريك على الشيوع بالاتفاق مع باقى الشركاء لجزء مفرز يوازى حصته من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة تنقلب بها قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية تؤدى إلى ملكيته لهذا الجزء ما لم يتفق اشلركاء على غير ذلك"(جلسة ٢١/٤/١٩٨٨ الطعن رقم ١٠٥٨ لسنة ٥٤ق) وبأنه " نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من القانون المدنى على أنه إذا دامت قسمة المهايأة خمس عشرة سنة انقلبت قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك وأنه إذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة مفاده أن المشرع أقام قرينة قانونية مؤداها أن حيازة الشريك المشتاع لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة إنما تستند إلى قسمة مهايأة ويكفى فى خصوص هذه القرينة أن يقام الدليل على حيازة الجزء المفرز واستمرار هذه الحيازة المدة المذكورة ليفترض أن هناك قسمة مهايأة والتى إذا دامت خمس عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء مقدماً على غير ذلك إعمالاً للشق الأول من النص سالف الذكر (جلسة ١٢/٥/١٩٨٥ الطعن رقم ٢٢٦٦ لسنة ٥١ق) وبأنه " يشترط وفقاً للمادة ٨٤٦ من التقنين المدنى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة بتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية أن تدوم حيازة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة وألا يكون الشركاء قد اتفقوا مقدماً على خلاف ما تقدم (نقض ٦/٦/١٩٨٥ طعن ١٤ س٥٢ق) وبأنه " وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من القانون المدنى تنقلب قسمة المهايأة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنة إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك ، كما اعتبر المشرع فى الشق الأخير من تلك الفقرة حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة قرينة قانونية على أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة مما مؤاده أنه إذا لم يثبت عكس هذه القرينة فإن حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع تؤدى إلى ملكيته لهذا الجزء إعمالا لهذه القرينة وللحكم الواردة فى

صدر الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ المشار إليها " (طعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٥ق – جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦) .

- **تسجيل قسمة المهايأة المكانية :**

تنص المادة ١٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى على أنه : ١- جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير . ٢- ويسرى هذا الحكم على القسمة ، ولو كان محلها أموالا موروثة . ٣- ويجوز للشريك الذى حصل على حكم نهائى بالقسمة أو بصحة التعاقد على القسمة ، أن يطلب قصر التسجيل على حصته ، ما لم يترتب على هذا الشهر إنهاء حالة الشيوع ، كما يجوز له أن يطلب قصر التسجيل على نصيبه فى قسم أو ناحية معينة ، وعلى المكتب الذى تم فيه التسجيل أن يخطر مكاتب الشهر التى تقع بدائرتها باقى العقارات موضوع القسمة للتأشير بذلك " ، يلاحظ من هذه المادة وجوب تسجيل قسمة المهايأة المكانية –كسند وارد على منفعة عقار – حتى يمكن الاحتجاج بها على الغير .

- **وقد اختلفت الآراء حول وجوب تسجيل القسمة المهايأة :**

ذهب رأى إلى عدم وجوب تسجيل قسمة المهايأة المكانية ، تأسيسا على أن قسمة المهايأة ليست قسمة اتفاقية ، وإن كانت ترجع فى أصلها إلى اتفاق على قسمة المهايأة ، ذلك أن تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية إنما يتم بقوة القانون ، ولا يصح القول أن هذا التحول إنما مبنى على اتجاه إرادة الشركاء إليه ، وبناءاً عليه فلا حاجة إلى تسجيل القسمة إذا كان المال الشائع عقار لأن لأساس فى وجوب التسجيل هو نص المادة ١٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ وهى تنص على تسجيل التصرفات والأحكام المقررة ، فيكون عقد القسمة والحكم الصادر فى القسمة القضائية واجب التسجيل ، أما القسمة التى تتم بغير تصرف أو حكم فلا تسجيل . (الدكتور /إسماعيل غانم ، المرجع السابق ص١٨٤)

وذهب رأى ثانى إلى وجوب تسجيل قسمة المهايأة المكانية، للإحتجاج بها على الغير ، كما هى القاعدة فى القسمة الاتفاقية والقضائية ، تأسيسا على أنه إذا

انقلبت قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بمضى خمس عشرة سنة ، فلابد من كتابة ورقة مثبتة لها .

**وقد أخذت محكمة النقض بهذا الـرأى فقضـت بـأن** " إذا كان ما حازه الشريك وآلـت إليـه ملكيتـه عقـاراً ، فإنـه لا يمكـن الاحتجـاج بهـذه الملكيـة علـى الغيـر إلا بتسجيل القسمة النهائية التى تحولت إليها قسمة المهايأة ، ولا يقدح فى ذلك ، أن القسمة تحصل فى هذه الحالة بحكم القانون ، إذ الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ توجب تسجيل كل قسمة عقارية ، حتى تكون حجة على الغير ، دون أن تفرق فى ذلك بين القسمة العقارية التى تتم بالاتفاق أو بحكم القاضى أو بحكم القانون ، هذا إلى أن الأعمـال التحضـيرية للمـادة ٨٤٦ مـن القـانون المـدنى صـريحة فـى وجـوب اتخـاذ إجراءات الشهر العقارى بالنسبة للقسمة التى تتحول إليها قسمة المهايأة ، حيث ورد فى قـرار لجنـة القـانون المـدنى فـى محضـر الجلسـة السـابعة والثلاثـين ، أن النتـائج العمليـة لحكـم الفقـرة الثانيـة تتحقـق بالاتفـاق أو عـن النـزاع بحكـم ، ويتبـع ى أيهمـا إجراءات الشـهر العقـارى " (نقـض مـدنى ١٩٦٩/٦/٢٦ مجموعـة محكمـة النقض ٢٠-٢-١٠٨٤ – ١٦٧)

- **قسمة المهايأة التى تخول لقسمة نهائية لا يجوز نقضها بسبب الغبن** :

فقسـمة المهايأة إذا كانـت تتم بالإتفـاق إلا أن تحولهـا إلـى قسـمة نهائيـة لا يـتم بالإتفاق وإنما بقوة القانون ويترتب على عدم اعتبار هذه القسمة اتفاقية أنه لا يجوز طلب نقضها للغبن ، لأننا سبق وأن أوضحناه أن دعوى نقض القسمة بسبب الغبن مقصور على القسمة الإتفاقية .

*وتـنص المـادة ٨٤٧ مـدني علـى أن " تكـون قسـمة المهايـأة أيضـا بـأن يتفـق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ،كل منهم لمدة تتناسب مع حصته " .*

- **قسمة المهايأة الزمانية** :

سـبق أن ذكرنـا أن القسـمة المهايـأة نوعـان مكانيـة وزمانيـة المقصـود بالقسـمة الزمانيـة هـى التـى يتفـق فيهـا جميـع الشـركاء علـى أن يتنـاوبوا الانتفـاع بجميـع المـال

الشائع كل منهم لمدة تناسب مع حصته فيه . (الصدة ٢٦٧ – عبد العزيز عامر ص١٠٧)

وبمعنى آخر : هى القسمة التى يتفق فيها الشركاء المشتاعون على أن ينتفع كل واحد منهم بكل المال الشائع ، وليس بجزء مفرز فيه ، مثل القسمة المكانية ، وذلك لمدة معينة تتناسب مع الحصة المملوكة له فى المال . (محمد المنجى دعوى القسمة ص٢٨٧)

فهى تقوم على تمكين كل شريك مشتاع بالإنتفاع بكل المال الشائع منفرداً دون غيره من الشركاء ، طول فترة معادلة لحصته الشائعة .

- **أمثلة القسمة المهايأة الزمانية** :

الغالب وقوع هذه القسمة فى المنقولات ، أو الأعيان التى لا تنقسم ، حيث يستحيل أو يتعذر انتفاع سائر الشركاء بها فى نفس الوقت ، فيتفقون على تناوب الانتفاع بها . (عزمى البكرى ص٢٤٤ – محمد عرفه ص٤٥٧)

وأمثلة قسمة المهايأة الزمانية كثيرة ، فمثلاً السيارة المملوكة على الشيوع ، يتفق الشركاء فيها على أن يركبها كل شريك مدة معينة بحسب الحصة المملوكة له ، فإن كان لأحدهم الثلث ، وللأخر السدس ، وللثالث النصف ، اقتسموها مهايأة زمانية على أن ينتفع صاحب النصف ثلاثة أشهر مثلاً ، وصاحب الثلث شهرين ، وصاحب السدس شهراً ، وهكذا لو كانت الشركة فى جهاز تليفزيون ، أو جهاز كمبيوتر ، أو جرار زراعى أو ماكينة رى وغير ذلك ، وكذلك الحكم لو كانت هناك دار أو أرض زراعية أراد قسمتها مهايأة زمانية ويترتب على قسمة المهايأة الزمانية بهذا المعنى – أن يحوز كل واحد من الشركاء معلى الشيوع بالتناوب الواحد تلو الآخر كل المال الشائع ، فيستقل بإدارته والانتفاع به واستغلاله على انفراد ، سواء بنفسه أو بواسطة غيره ن طريق الإيجار ، دون أن يتقاضى منه باقى الشركاء شيئاً ، مقابل أن لا ينقص أو يمنع حقوق الآخرين عندما يأتى دورهم فى الإنتفاع. (السنهورى ص٨٢٠ عرفة ص٤٥٧)

ويكون دوره فى الانتفاع لفترة تتجدد على أساس نسبة ما يملكه فى المال الشائع ، كما أنه لا يلزم بتقديم حساب لشركائه عما استوفاه ، لأنه يستغل حقه

بالأصالة ، وليس نائباً عن شريكه إلا فى وضع اليد المادى على العين مدة الاستغلال. (توفيق حسن فرج ص٢٧٦- احمد سلامة ص٢٦٩)

- **مدة قسمة المهايأة الزمانية** :

ولم ينظم القانون مدة المهايأة الزمانية كما نظم مدة المهايأة المكانية ، فتسرى القواعد العامة ومن ثم يجوز أن يتفق الشركاء على عدد من دورات التناوب فى الانتفاع بالمال الشائع كما يشاءون ، بشرط ألا يؤدى هذا الاتفاق إلى إجبارهم على البقاء فى الشيوع مدة تزيد على خمس سنين وتنتهى المهايأة الزمانية بإنتهاء مدتها ويعين الاتفاق هذه المادة وكيف تنقضى . (السنهورى ص٧٧٣)

- **عدم تحول قسمة المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية** :

لا تنقلب المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها ، ولم يورد القانون هذا الحكم الاستثنائى بالنسبة إليها ، لأنه لا يمكن تطبيقه هنا كما أمكن تطبيقه على المهايأة المكانية فالمهايأة المكانية تقسم المال الشائع إلى أجزاء مفرزة ، فهى كالقسمة النهائية ، إلا فى كونها قسمة منفعة لا قسمة ملك . أما المهايأة الزمانية فتبقى المال الشائع على حالته دون إفراز ، وإنما تقسم زمن الانتفاع به فهى لا تهئ للقسمة النهائية ، ومن ثم لا يمكن أن تنقلب إليها . (السنهورى ص٨٢٠ – عزمى البكرى ص٢٤٥ – أحمد سلامة ص٢٦٩)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " مقتضى المادة ٨٤٧ من القانون المدن هو أن قسمة المهايأة الزمنية للمال الشائع لا تنتهى حالة الشيوع بين الشركاء فيه ولا تعدو الغاية منها تنظيم علاقة هؤلاء الشركاء لاقتسام منفعة ذلك المال بأن يتناوبوا الانتفاع به كل منهم مدة مناسبة لحصته فيه بما يعنى مقايضى انتفاع بانتفاع كما هو الحال فى عقد الإيجار ، وإذ تقضى المادة ٨٤٨ التالية للمادة السالفة الذكر بخضوع قسمة المهايأة من حيث حقوق والتزامات المتقاسمين لأحكام عقد الإيجار إلا فيما يتعارض مع طبيعة هذه القسمة ، فإن مؤدى هذين النصين أن يلتزم المهايئ كما يلتزم المستأجر طبقاً لنصوص القانون المدنى فى الإيجار بأن يرد العين المشتركة لشركائه فيها بعد إنتهاء نوبته فى الانتفاع بها وإلا كان غاصبا ويلزم بتعويض هؤلاء الشركاء عما يصيبهم من ضرر ( نقض ١٩٦٩/٢/١١ طعن ٦٦ س ٣٥ق) وبأنه " يجوز

تغيير صفة الحائز بعد انتهاء قسمة المهايأة من حائز بسبب وقتى معلوم إلى حائز بقصد التملك إذا جابه هذا الحائز باقى الملاك المشتاعين بما يفيده قصده القاطع فى التملك ( جلسة ١٩٧٠/٥/١٩ الطعن رقم ١٢٧ لسنة ٢٦ق س٢١ ص٨٦٢) وبأنه " مقتضى الاستغلال على أساس المهايأة الزمانية أن يستغل الشريك حقه بالإصالة ، ولا يكون نائباً عن شريكه إلا فى وضع اليد المادى على العين مدة الاستغلال ، وهذا لا تأثير له فى حقوق الانتفاع ذاتها ، فلا يكون الشريك المنتفع ملزماً بتعويض ما للشريك الآخر على أساس أنه كان مغتصباً نصيبه أو مانعاً إياه من الانتفاع به ( نقض ١٩٤٣/١/٢١ طعن ٤١ س ١٢ق) وبأنه " وإذا كانت المحكمة قد تبينت من وقائع الدعوى أن الشريكين فى ماكينة للرى والطحن قد استغلاها مدة من الزمن بالطريقة المتفق عليها فى عقد الشركة ثم عدلا عن هذه الطريقة إلى طريقة أخرى ، ثم اختلفا بعد ذلك على طريقة الاستغلال فاضطر أحدهما إلى استغلالها بطريقة المهايأة الزمنية إذ كانت هذه هى الطريقة الوحيدة الممكنة فإنه لا يكون هناك من حرج فى عدم التعويل على الطريقة الواردة فى العقد بعد ثبوت العدول عنها ، ويجوز للمحكمة أن تثبت حصول الانتفاع بطريقة أخرى معينة بجميع وسائل الإثبات، إذ الأمر أصبح متعلقا بواقعة مادية ( نقض ١٩٤٣/١/٢١ طعن ٤١ س١٢ق)

*وتنص المادة ٨٤٨ مدني على أن " تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة " .*

- **خضوع قسمة المهايأة لأحكام الإيجار** :

كما رأينا أنه يمكن تكييف المهايأة بأنها قسمة منفعة مكانية أو زمانية ، كذلك يمكن تكييفها بأنها قسمة منفعة مكانية أو زمانية ، كذلك يمكن تكييفها بأنها إيجار ففى المهايأة المكانية " يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع ، متنازلاً لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء ( م ١/٨٤٦ مدنى ) فى إذن منفعة فى مقابل منفعة ينتفع الشريك بجزء

مفرز فيحصل على نصيب باقى الشركاء فى منفعة هذا الجزء فى مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو فى منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى . وفى المهايأة الزمانية يتناوب الشركاء الانتفاع بالمال الشائع كله فيحصل الشريك فى نوبته على نصيب باقى الشركاء فى منفعة المال الشائع فى مقابل حصول شركائه كل فى نوبته على نصيبه هو فى منفعة هذا المال فالمهايأة إذن بنوعيها ، هى مقايضة انتفاع بانتفاع ، ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تكون إيجاراً إذ ليس من الضرورى أن تكون الأجرة فى الإيجار ، كما يكون الثمن فى البيع نقداً . (السنهورى ص٧٧٣)

ومن أجل هذا قربت المهايأة من الإيجار فنصت المادة ٨٤٨ مدنى كما رأينا على أن " تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزامهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة " .

**ونلاحظ أن هذه المادة قد حددت جوانب خضوع قسمة المهايأة لأحكام الإيجاز وهى أربعة جوانب :**

**١ـ الإحتجاج بالمهايأة على الغير** : تخضع المهايأة من حيث الاحتجاج بها على الغير لأحكام الإيجار ، طالما كانت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعتها – م ٨٤٨ مدنى – وأحكام الإيجار فى هذا تضمنتها المادة ٦٠٤ مدنى والتى تنص على أنه : ١– إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختباراً أو جبراً إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذا فى حق هذا الشخص ، إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية .٢– ومع ذلك يجوز من انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ولو كان هذا العقد غير نافذ فى حقه " وهذا النص لا يتعارض مع المهايأة ومن ثم فيطبق بصدد الاحتجاج بالمهايأة على الغير ، وتطبيقا لهذا النص فإن قسمة المهايأة بنوعيها تكون نافذة ة ويحتج بها فى مواجهة من اشترى من الشريك المهايئ نصيبه الشائع ، واكتسب ملكية هذا الحق بالتسجيل ، وذلك بشرط أن تكون المهايأة ثابتة التاريخ قبل انعقاد هذا البيع ( منصور مصطفى منصور ص١٣٦ –، حسن كيرة ص٣٤٦) ويلتزم المشترى بكافة الالتزامات ، حتى ولو كان

هذا الخلف لاي علم وقت تلقيه الحصة بسبب وقوع القسمة وهذا يعد استثناء من القاعدة النصوص عليها فى المادة ١٤٦ مدنى والتى تشترط علم الخلف وقت انتقال الشئ إليه . أما إذا لم تكن المهايأة ثابتة التاريخ قبل انتفاع الحصة الشائعة إلى الخلف ، فإنها لا تنفذ فى حق المشترى . ومع ذلك يجوز لهذا الخلف أن يتمسك بعقد المهايأة ولو كان هذا لعقد غير نافذة فى حقه ولا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين ، ولم يكن الإيجار نافذا فى حقه ، أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك فى المواعيد المبينة فى المادة ٥٦٣ مدنى ( المادة ١/٦٠٥ ) فإذا نبه على الشريك بالإخلاء قبل انقضاء المهايأة ، فإن الشريك لبائع يلتزم بأن يدفع للشريك المهايئ تعويضاً ا لم يتفق على غير ذلك ، ولا يجبر اشلريك المهايئ على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من البائع ، أو ممن انتقلت إليه ملكية ، أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء به ( المادة ٢/٦٠٥ مدنى ) ( السنهورى ص٨٢٢ ، عزمى البكرى ص٢٤٧ ) .

**٢ـ أهلية المتقاسمين** : لما كان كل شريك فى قسمة المهايأة بنوعيها يعتبر مؤجرا لمنفعة حصته ، ومستأجرا منفعة حصص باقى الشركاء ، فإنه يجب أن تتوافر فيه أهلية كل من المؤجر والمستأجر ( عزمى البكرى ص٢٤٧ ) ويعتبر التأجير من أعمال الإدارة بغير خلاف أما الإستئجار ففيه خلاف : ففى رأى أنه من أعمال الإدارة فيكتفى فيه كالتأجير بأهلية الإدارة . وفى رأى آخر : يعتبر من أعمال التصرف ولا محل لهذا الخلاف فيما يتعلق بالقسمة فتعتبر من أعمال الإدارة إذ أنه الحجة التى يستند إليها الرأى القاتل بأن الاستئجار من أعمال التصرف ، لا تستقيم مع طبيعة القسمة فهذا الرأى يستند إلى أن المستأجر حينما يلتزم بالأجرة ، فهو يلتزم بالتصرف بعوض فيما يدفعه وفى القسمة لا يلتزم المتقاسم بالتصرف فى شيئ لأن الذى يقابل انتفاعه بجزء هو التزامه بتمكين غيره من الانتفاع بألأجزاء الأخرى ( منصور مصطفى ص١٣٦ السنهورى ص٨٢١ ) ومن ثم فإن الأهلية المطلوبة للمتقاسمين هى أهلية الإدارة ، وتخضع سلطة من له الولاية على مال القاصر أو من حكمه فيما يتعلق بمباشرة قسمة المهايأة للأحكام الخاصة بسلطته فى التأجير . ويترتب على ذلك ما يلى : ١- أنه لا يجوز القاصر المأذون له بالإدارة أن يباشر

قسمة الأراضى الزراعية مهايأة لمدة تزيد على سنة ، إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصى ، تطبيقاً (للمادة ١/٥٦ من قانون الولاية على المال رقم ١٩٥٢/١١٩) ٢– أنه لا يجوز للوصى قسمة أموال القاصر مهايأة ، ويكون هو شريكاً فى المال المتهايئ عليه أو زوجه أو أحد أقاربه إلى الدرجة الرابعة ، أو لمن يكون الوصى نائباً عنه ، إلا بإذن من المحكمة ، تطبيقاً لنص المادة ( المادة ٣٩ خامس عشر من القانون ١٩٥٢/١١٩)٣– أنه لا يجوز للولى بغير إذن المحكمة قسمة عقار القاصر مهايأة لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة ، تطبيقا لنص المادة ١٠ من القانون ١٩٥٢/١١٩)٤– أنه لا يجوز للموصى أو القيم او الوكيل العام أن يعقد مهايأة تزيد مدتها على ثلاث سنوات ، إلا بترخيص من المحكمة الحسبية ، أو من الأصيل ، فإذا عقدت المهايأة لمدة أطول من ذلك ، أنقصت المدة إلى ثلاث سنوات ، تطبيقا لنص المادة ٥٥٩ مدنوالمادة ٣٩ سابعاً من القانون ١٩٥٢/١١٩ . (راجع فيما تقدم السنهورى ص٨٢٦ – محمد عبد الرحمن الضوئية ص٢٧٤ البكرى ص٢٤٩)

**٣ـ حقوق والتزامات الشركاء فى المهايأة** : تسرى على حقوق والتزامات الشركاء فى المهايأة أحكام عقد الإيجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة القسمة وبناء عليه . يلتزم الشركاء جميعاً بالترميمات الضرورية ، ويسهم الشريك اذلى اختص بمنفعة جزء معين فى النفقات التى تقتضيها هذه الترميمات ( م ٥٦٧ مدنى ) أما الترميمات التأجيرية فتكون على الشريك الذى اختص الجزء الذى يحتاج إلى الترميم ( م٥٨٢ مدنى ) وتسرى أحكام عقد الإيجار فيما يتعلق بالتزام سائر الشركاء بتسليم العين التى اختص بها الشريك بمقتضى القسمة ، وفيما يتعلق بالتزامهم قبله بالضمان . كما تسرى أحكام الإيجار فيما يتعلق بالتزام الشريك بإستعمال العين فيما أعدت له وعدم التغيير فيها والمحافظة عليها بما فى ذلك مسئوليته عن الحريق وبردها عند إنتهاء مدة القسمة ، وإلا كان غاصبا .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " مقتضى المادة ٨٤٧ من القانون المدنى هو ان قسمة المهايأة الزمنية للمال الشائع لا تنتهى حالة الشيوع بين الشركاء فيه ولا تعدو الغاية منها تنظيم علاقة به كل منهم مدة مناسبة لحصته فيه بما يعنى مقايضة انتفاع

بانتفاع كما هو الحال فى عقد الإيجار ، وإذا تقضى المادة ٨٤٨ التالية للمادة السالفة الذكر بخضوع قسمة المهايأة من حيث حقوق والتزامات المتقاسمين لأحكام عقد الإيجار إلا فيما يتعارض مع طبيعة هذه القسمة ، فإن مؤدى هذين النصين أن يلتزم الشريك المهايئ كما يلتزم المستأجر طبقا لنصوص القانون المدنى فى الإيجار بأن يرد العين المشتركة لشركائه يها بعد إنتهاء نوبته فى الانتفاع بها وإلا كان غاصبا ويلزم بتعويض هؤلاء الشركاء عما يصيبهم من ضرر " (طعن رقم ٦٦ لسنة ٥٣ ق – جلسة ١٩٦٩/٢/١١)

ولا تسرى على قسمة المهاياة ما تنص عليه المادة ٣٢ من قانون الإصلاح الزراعى – إبان العمل بها – من أن :" يكون تأجير الأراضى الزراعية لمن يتولى زراعتها بنفسه ولا يجوز للمستأجر تأجيرها من الباطن أو التنازل عن الإيجار للغير أو مشاركته فيها " ، وما تنص عليه المادة ١٨/ج من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ من أنه " لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها فى العقد إلا لأحد الأسباب الأتية : ...(ج) إذا ثبت أن المستأجر قد تنازل عن المكان المؤجر ، أو أجره من الباطن بغير إذن كتابى صريح من المالك للمستأجر الأصلى ، أو تركه للغير بقصد الاستغناء عنه نهائيا ... الخ " لأن هذين النصين من النصوص الإستثنائية حيث قصد المشرع من النص الأول منع استغلال الوسطاء لصغار الفلاحين والقضاء على المضاربة فى لإيجار الأراضى الزراعية ، وقد من النص الثانى المحافظة على أن يتخذه وسيلة للإستعلال والربح بان يؤجره من باطنه أو يتنازل عنه للغير أو يتركه له بقصد الاستغناء عنه نهائيا ، والغالب أن يكون ذلك بالإيجار مرتفع ارتفاعا فاحشا يثرى به على حساب المالك وهذان الأمران لا محل لهما فى القسمة ( عزمى البكرى ص٥٠٠)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** "النص فى الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ من القانون المدنى يدل على أن للشركاء على الشيوع فى الملكية أن يتفقوا على قسمة المهايأة لمدة معينة فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته فى المال الشائع فيستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقى الشركاء ، ذلك أن الشريك بمقتضى هذه

المهايأة يحصل على نصيب باقى الشركاء فى منفعة الجزء الذى اختص به فى مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو فى منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى ، ويعتبر الشريك مؤجراً لمنفعة حصته ومستأجراً لمنفعة حصص الباقى من الشركاء وتطبق القواعد الخاصة بالإيجار – فيما يتعلق بحقوقه والتزاماته وجواز الاحتجاج بالقسمة على الغير ، ويكون له تأجير الجزء المفرز الذى اختص به إيجارا نافذا فى حق باقى الشركاء الذين يمتنع عليهم ممارسة هذا الحق لالتزامهم بضمان عدم التعرض ولو كانوا أصحاب أغلبية الحصص فى ملكية المال الشائع وتكون الإجارة الصادرة منهم للغير نافذة فى مواجهة الشريك صاحب الحق فى استغلال وإدارة هذا الجزء ويحق لهذا الشريك أن يحتج بهذه القسمة قبل الغير الذى استأجر من باقى الشركاء بعد القسمة ولو لم يكن عقد القسمة مشهرا إذ يعتبر الشريك فى حكم المستأجر لهذا الجزء وطبقا للقواعد الخاصة بعقد الإيجار فإنه لا يلزم شهره للاحتجاج به على الغير (طعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٢ق – جلسة ١٩٨٩/١٢/٦) .

**٤ـ إثبات قسمة المهايأة** : بموجب نص المادة ٨٤٨ مدنى يخضع إثبات قسمة المهايأة بنوعيها للقواعد الخاصة بإثبات عقد الإيجار ، والذى يخضع بدوره لحكم القواعد العامة فى الإثبات الواردة بقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ والمعدل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ . وبناء على ذلك فيجوز إثبات قسمة المهايأة بالبينة والقرائن إذا كان ل القسمة لا تزيد قيمته على مائة جنيه ، وبالكتابة وما يقوم مقامها فيما يزيد على ذلك (مادة ٦٠ من قانون الإثبات معدل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢) هذا بالنسبة للقواعد العامة فى الإثبات ( محمد عبد الرحمن الضوينى فى أحكام القسمة ص٢٧٢) ولكن إذ كان محل القسمة أرضا زراعية فلا انطباق لحكم الفقرة الأولى من المادة ٣٦ – إبان سريانها – التى تقضى بأن : يجب أن يكون عقد الإيجار مزارعة أو نقداً ثابتا بالكتابة أيا كانت قيمته وكذلك كل اتفاق على استغلال أراضى زراعية ولو كانت لزرعة واحدة" وإذا كان محل القسمة مكانا يخضع لأحكام الباب الأول من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فلا انطباق حكم المادة ٢٤ التى تنص على أنه :" اعتباراً من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون تبرم عقود الإيجار كتابة ويجب إثبات تاريخها بمأمورية الشهر العقاري الكائن بدائرتها العين المؤجرة

...ويجوز للمستأجر إثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد بكافة طرق الإثبات ... إلخ " والعلة فى ذلك ليست فقط لانتفاء مظنة الاستغلال التى أراد القانون المذكوران محاربتها ولكن أيضا لأن المستأجر هنا يعتبر مالكا من بعض الوجوه . ( أحمد سلامه ص٢٦٨ وما بعدها – جميل الشرقاوى ص١١٨ هامش (٣) وقارن منصور مصطفى منصور ص١٣٧ وما بعدها ) حيث يرى تطبيق نص المادة ٣٦ إصلاح زراعى على المهايأة الواقعة على أرض زراعية مؤيدا ذلك بقوله أولا : الواضح من عبارة نص المادة ٨٤٨ مدنى أن قسمة المهايأة تخضع من حيث الإثبات القواعد الخاصة بالإيجار ، وإذا كان صحيحاً أن تنص المادة ٣٦ إصلاح زراعى وهو يقرر حكما استثنائيا ، لم يكن موجوداً وقت وضع التقنين المدنى ، إلا أن أصول التفسير تؤدى إلى وجوب تطبيق أحكام الإيجار على المهايأة ، سواء ما كان منها موجوداً وقت وضع التقنين المدنى ، وما يستجد بعد ذلك ، فلا محل إذن للقول بأن المشرع أراد إخضاع قسمة المهايأة للقواعد العامة فى الإثبات . ثانيا : لا يصح استبعاد تطبيق المادة ٣٦ إصلاح زراعى على أساس أنه لا توجد مظنة استغلال الشركاء بعضهم البعض ، لأنه ليس من المقطوع به أن النص لم يقصد به سوى حماية المستأجرين من استغلال الملاك ، إذ أنه يمكن بصورته الحالية الجمعيات التعاونية من العلم بمن له حق زراعة الأرض حتى يتيسر لها القيام بوظائفها المختلفة فى شئون الزراعة وبالتالى لا يخلو تطبيق النص على قسمة المهايأة من فائدة . ثالثا : لا يصح القول أن نص المادة ٣٦ يتعارض كله مع طبيعة القسمة ، إذ بمكن أن يطبق على الوجه الذى يلائم طبيعة القسمة ، وذلك بأن تكون قسمة الأرض الزراعية محررة فى عقد مكتوب من عدد من النسخ ، بقدر عدد الشركاء ، يضاف إليه نسخة تودع فى مقر الجمعية الزراعية ، وإذا امتنع أحد الشركاء عن توقيع العقد ، وجب على غيره أن يبلغ ذلك إلى رئيس الجمعية ، وعلى الجمعية عندئذ أن تتحقق بكل الطرق من قيام القسمة ، فإذا ثبت لها قيامها كلفت الممتنع بتحرير العقد فإذا لم يذعن قامت بكتابة العقد وسلمت كل متقاسم نسخة واحتفظت لنفسها بنسخة ، ويكون هذا العقد ملزما لسائر الشركاء ، ولا تسمع أى دعوى ناشئة عن قسمة المهايأة إذا لم يكن العقد ثابتا بالكتابة .

*وتنص المادة ٨٤٩ مدني على أن " للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم ، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية .*

*فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة ، جاز للقاضى الجزئى إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء أن يأمر بها بعد الاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك " .*

- **اتفاق الشركاء أثناء إجراءات القسمة على إجراء قسمة مهايأة حتى تتم القسمة النهائية** :

عندما تبدأ إجراءات القسمة النهائية للمال الشائع وتطول أو يتوقع أن تطول هذه الإجراءات يجوز للشركاء الاتفاق فيما بينهم على قسمة المال قسمة مهايأة ، وفى الغالب تكون المهايأة مكانية على أن تبقى هذه المهايأة نافذة إلى أن تتم القسمة النهائية . فإن تعذر إجماع الشركاء على المهايأة فلأى منهم أن يطلب ذلك من المحكمة الجزئية التى تنظر دعوى القسمة ولها الاستعانة بخبير فى ذلك وإذا ما قضت بها استمرت حتى يصدر حكم بالقسمة النهائية . فإن كانت المهايأة مكانية ، ثم تمت القسمة ، اختص كل شريك بالقدر الذى اختص به ، فإن لم يكن هو الذى يضع اليد عليه ، تخلى عنه لمن اختص به وانتقلت حيازته إلى القدر الذى اختص هو به ، وله الحق فى حبس القدر الذى يحوزه حتى يسلم له القدر الذى اختص به .

أما إن كانت المهايأة زمنية وكان كل شريك قد إستوفى نوبته ، نفذت القسمة بإعطاء كل منهم ما إختص به ، أما أن وجد بعض شركاء لم يستوفوا نوباتهم وجب تعليق حكم القسمة على إستيفاء كل منهم نوبته ، وبعد ذلك ينفذ الحكم وفى هذه الحالة يجوز لمن إستوفوا نوباتهم تعويض الآخرين عما فاتهم من الإنتفاع بالمال ومتى اتفق جميع الشركاء على ذلك ، أمكن تنفيذ حكم القسمة ( أنور طلبه ص٦٠٥) ونلاحظ مما تقدم أن المهايأة المكانية التى تسبق القسمة النهائية تختلف عن المهايأة المكانية العادة فى أمرين جوهرين : (١) أن الأولى لا يشترط فيها اتفاق الشركاء جميعاً فهى ليست حتما قسمة اتفاقية ، بل قد تكون قسمة قضائية إذا طلبها شريك أو أكثر دون الباقى ، وعندئذ يتعين على القاضى الجزئى إجراؤها أما المهايأة العادية فقد رأينا أنها تكون دائما قسمة اتفاقية ، لابد فيها من اتفاق جميع

الشركاء (٢) أنه ليس للمهايأة التى تسبق القسمة النهائية مدة معينة ، فهى تدوم إلى أن تنتهى القسمة النهائية ولذلك قد تبقى خمس سنوات أو أقل أو أكثر ، أما المهايأة المكانية العادية فقد قدمنا أن مدتها لا يجوز أن تزيد على خمس سنوات قد تجدد وأنه إذا لم تعين لها مدة كانت المدة سنة واحدة قابلة للتجديد على النحو الذى سبق أن بيناه . (السنهورى ص٧٧٥ – عرفة ص٣٤٢ كيرة ص٣٤٤)

*وتنص المادة ٨٥٠ مدني على أن " ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال ، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع " .*

- **الشيــوع الإجبــارى** :

إذا كان وضع الشيوع فى الملكية الشائعة العادية مؤقتا مصيره الزوال والانتهاء بالقسمة للعودة إلى الوضع الأصلي الطبيعي وهو إفراز الملكية ، فإن الشيوع – على العكس من ذلك – قد يكون فى بعض الصور وضعاً عادياً مهيأً للبقاء والدوام لضرورة ذلك بالنظر إلى التخصيص المعد له الشئ ، وهذا التخصيص قد يكون أصليا إذا خصصت بعض أشياء لانتفاع مشترك لا يتصور تقسيمه لجماعة من الأفراد تربطهم رابطة معينة ، مثل مبانى مقابر الأسرة المعدة للدفن ، وقد يكون التخصيص تبعيا ، إذا خصصت بعض الأشياء لخدمة عقارات معينة متجاورة أو أجزاء فى عقار واحد مملوكة لملاك مختلفين ، بوصفها ملحقات ضرورية لهذه العقارات أو لوازم أساسية لهذه الأجزاء ، ففى الحالين حال التخصيص الأصلى وحال التخصيص التبعى ، يفرض التخصيص المشترك ضرورة بقاء هذه الأشياء فى مثل هذا الوضع الاجبارى من الشيوع مما يمتنع معه طلب نهائه ونصه بالقسمة ، ولذلك تنص المادة ٨٥٠ من التقنين المدنى على انه ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع " ورغم دوام الشيوع الاجبارى على هذا النحو ، فإنه يحقق – على عكس الشيوع العادى – فوائد جمه لضرورته لاستخلاص الخدمة المشتركة المعد لها الشئ ، أو لزومه لكيان شئ أصلى أو استغلاله على خير الوجوه ، بحيث لا يتصور فض هذا الشيوع بالقسمة أو على الأقل تفوت القسمة الانتفاع المشترك المقصود من الشئ الشائع . (حسن كيرة ص٢٤٣ وما بعدها)

- **طبيعة حق الشريك فى الشيوع الإجبارى** :

كان البعض يذهب إلى أن حق الشريك فى الشيوع الإجبارى بمثابة ارتفاق متبادل على اعتبار أن لكل شريك فيه ملكية مفرزة محملة بحق ارتفاق ملكية الشركاء الآخرين . ولكن اتضح أن هذا التكييف غير مقبول لأن حق الارتفاق أنما يفترض وجود عقار خادم وعقار مخدوم لكل منهما مالك مختلف ، بينما الوضع فى الشيوع الإجبارى غير ذلك ، إذ يكون العقار التابع مملوكا للملاك المفرزين للعقارات الأصلية ملكية شائعة بحيث يكون لكل منهم على السواء الانتفاع بهذا العقار وبكل جزء منه بوصفه مالكا له على الشيوع لا بوصفه صاحب حق ارتفاق وعلى هذا النحو ، تقوم التفرقة بين الشيوع الإجبارى القائم على التخصيص التبعى وبين حق الارتفاق على أساس تحديد ملكية ومالك العقار التباع ، فإذا كان مملوكا معا لملاك العقارات الأصلية المشتركة فى الانتفاع به دون تحديد أو افراز فيه لنصيب واحد منهم ، فيكون مملوكا لهم على الشيوع الإجبارى بحيث تستوى حقوقهم جميعا عليه وعلى كل جزء منه بوصفهم شركاء فى ملكيته .

وإذا كان هذا العقار التابع مملوكا ملكية مفرزة لواحد من هؤلاء الملاك فحسب ، ولكنه مخصص رغم ذلك للإنتفاع المشترك لعقاراتهم الأصلية فيكون حق هؤلاء عليه وفى الانتفاع به مجرد حق ارتفاق وإذا اعتبر حق ملاك العقارات الأصلية على العقار التابع حق ملكية شائعة لا حق ارتفاق فتترتب على ذلك نتائج هامه منها : ١- أن محل الشيوع الإجبارى يظل ثابتا لا يتغير ، على عكس الحال فى حقوق الارتفاق حيث يمكن نقل الارتفاق إلى موضوع آخر إذا كان الموضع المعين أصلا قد أصبح من شأنه زيادة عبء الارتفاق أو منع القيام باصلاحات أو تحسينات فى العقار المرتفق به (م ١٠٢٣ /٢ مدنى) ٢- إذا كان العقار التابع فناء مشتركا فيجوز لكل شريك فتح مطلات مواجهة على حافة الفناء المشترك طالما أن عرضه لا يقل عن المسافة القانونية المقررة ، لأن حقه كشرك مالك يرد على هذا الفناء ، بينما لو كان حقه حق ارتفاق متبادل مع جاره بإعتبار يملك نصف الفناء الملاصق لعقاره الأصلى مفرزاً بملك جاره النصف الآخر مفرزاً لوجوب احتساب المسافة القانونية المقررة قياسا من ظهر الحائط الذى يفتح فيه المطل إلى منتصف عرض هذا الفناء . (حسن كيرة ص٢٥٠)

**وقـد قضـت محكمـة الـنقض بـأن** "إذا كان الثابت من الأوراق أن الشارع المطلوب سد المطلات المفتوحة عليه كان قد أنشأه مالك الأرض فى أرضه وأعده لمنفعة المبانى التى تقام فيها على جانبه فإن هذا الشارع يكون من الملحقات الضرورية لتلك المبانى مخصصا لمنفعتها المشتركة . وبالتالى فإنه يكون مملوكا لأصحابها على الشيوع الجبرى ، أى معدا للباقء مؤبدا ولا تجوز فيه القسمة ، ومتى كان ذلك كذلك فإن المشترين من هذا المالك يكون حقهم على هذا الشارع حق الشريك فى الملك على الشيوع لاحق ارتفاق عليه ، فلهم قانونا الحق فى سد الفتحات التى يحدثها عليه من عداهم من الملاك الآخرين " (طعن رقم ١٢٩ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٤/١١/٢)

أن حق الشيوع الاجبارى على العقار التابع باعتباره حق ملكية لا ينقضى بعدم الاستعمال مهما طال ، بينما لو كان حق ملاك العقارات الأصلية مجرد حق ارتفاق على العقار التابع ، لا تقضى هذا الحكم بعدم الاستعمال . (السنهورى ص٩٢٧ ، حسن كيرة ص٢٤٧)

- **أحكـام الشيـوع الإجبـارى** :

الشيوع الإجبارى أو الدائم هو الذى يأبى الغرض الذى أعد المال من أجله لأن تجرى بشأنه القسمة مثل الحائط المشترك والأجزاء المشتركة فى ملكية الطبقات والمسقى أو المصرف المشترك والفناء بين عقارين والقنطرة المعدة لمرور ملاكها والماكينة ، ولكل شريك أن يستعمل المال كما لو كانت الملكية له وحدة بشرط ألا يحول دون استعمال باقى الشركاء ووفقا للغرض الذى أعد المال من أجله فإن كان طريقا كان له المرور فى كل جزء منه ولكن ليس له وضع أشياء تحول أو تقلل من هذا الإستعمال ، كما لا يجوز التصرف فى المال المملوك فى الشيوع الإجبارى الا تبعا للحصة الأصلية إذ يعتبر من ملحقاتها ، وبيت قاضى الموضوع فيما إذا كان المال يدخل فى الشيوع الإجبارى فيمتنع قسمته أم لا يدخل ، ويلتزم الشركاء بنفقات الصيانة بنسبة مصلحة كل منهم وليس للشريك الامتناع عن دفع نفقات الصيانة الا بتركة حصته فى المال المملوك فى الشيوع الإجبارى (أنور طلبه ص٦٠٨)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " إذا كان الثابت من الأوراق ان الشارع المطلوب سد المطلات المفتوحة عليه كان قد أنشأ مالك الأرض فى أرضه وأعده لمنفعة المبانى التى تقام فيها على جانبيه ، فإن هذا الشارع يكون من الملحقات الضرورية لتلك المبانى مخصصا لمنفعتها المشتركة وبالتالى فإنه يكون مملوكاً لأصحابها على الشيوع الجبرى ، أى معدا للبقاء مؤيدا ولا تجوز فيه القسمة ومتى كان ذلك كذلك فإن المشترين من هذا المالك يكون حقهم على هذا الشارع حق الشريك فى الملك على الشيوع لاحق ارتفاق عليه ، فلهم قانونا الحق فى سد الفتحات التى يحدثها من عداهم من الملاك الآخرين (نقض ١٩٤٢/١١/٢ ج ١ فى ٢٥ ص ٦٦٧)

- **ملكيـــة الأســـرة** :

تنص المادة ٨٥١ مدني على أن " لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة ، أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة وتتكون هذه الملكية أما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكاً للأسرة وأما من أى مال آخر مملوك لهم اتفقوا على ادخاله فى هذه الملكية ".

- **أساس التنظيم الخاص لملكية الأسرة والغرض منه** :

لقد استقى المشرع المصرى نظام ملكية الأسرة من التقنين المدنى السويسرى ومن المشروع الإيطالى الذى أصبح بعد ذلك التقنين المدنى الإيطالى ، ولكنه تأثر قبل كل شئ بالبينة المصرية ذاتها ، ذلك أن ملكية الأسرة فى مصر قائمة فعلاً قبل أن توجد قانوناً فكثير من الأسرة ، وبخاصة فى الريف تستبقى أموالها ، لا سيما إذا أتى عن طريق الميراث شائعا بين أفراد الأسرة يديره عميد الأسرة ويقدم حساباً عن إدارته لشركائه فى الشيوع والعرف هو وحده الذى يتحكم فى النظام الذى تخضع له ملكية الأسرة على هذا الوجه ، وقبل أن يلجأ أحد من أفراد الأسرة إلى طلب القسمة والإستقلال بنصيبه فى المال مفرزاً ولم تكن هذه التقاليد المستقرة فى الريف تخلو من العيوب ، بل لم تكن تخلو فى بعض الأحيان من تحكم عميد الأسرة بدير أموالها على الوجه الذى يريده ويقدم حساباً أو لا يقدم فأراد تنظيم هذا الضرب من الشيوع الإجبارى القائم على الاتفاق الضمنى فهذب من القواعد التى تسرى عليه وبسط رقابه كافية على إدارة الأموال وأفسح مجال الخروج منه لمن أراد من الشركاء . (السنهورى ص٩٧٢)

- **إنشاء ملكية الأسرة** :

تنص المادة ٨٥١ على أنه " لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة ، أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة وتتكون هذه الملكية أما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة وأما من أى مال آخر مملوك لهم انفقوا على إدخاله في هذه الملكية .

- **الشروط اللازمة لإنشاء ملكية الأسرة** :

١. أن يكون الشركاء من ذوي القربى أيا ما كانت درجة قرابتهم فهؤلاء هم أعضاء الأسرة ، وتعتبر الزوجة من أفراد أسرة الزوج والزوج من أفراد أسرة الزوجة .

٢. توافر وحدة العمل والمصلحة ، كما إذا اتفق أعضاء الأسرة على استغلال مال الأسرة استغلالا معينا يقتضب وحدة الإدارة وكما إذا كان مال الأسرة تركة يحسن بقاؤها كتلة متماسكة حتى يمكن استغلالها على خير الوجه ، ويرى إسماعيل غانم أن هذا الشرط لا يترتب على نخلفه بطلان الاتفاق على ملكية الأسرة إنما أراد المشرع به بيان الصلة على إبرام الاتفاق .

٣. وجود مال معين منقولا أو عقارا فإن كان عقارا تعين التسجيل لسد ملكية الأسرة حتى لو كان مملوكا على الشيوع لأفراد الأسرة قبل تكوينها ، وقد يتمثل المال في أعيان التركة أو ما قد يضاف إليها من أموال شائعة أو مفرزة ، أو تتكون ابتداء بمال مفرز يقدمه كل من أفراد الأسرة كما في الشركة إلا أن للشركة شخصية معنوية مستقلة أما ملكية الأسرة فلا تكون لها مثل هذه الشخصية فتظل الأموال مملوكة على الشيوع لأفراد الأسرة .

٤. أن يتفق الشركاء كتابة على إنشاء ملكية الأسرة ، فالكتابة هنا شرط للانعقاد وليست شرطا للإثبات ، فالاتفاق غير المكتوب باطل ولو أقر به المتعاقدون أو وجهت فيه يمين ويكفي في المحرر أن يكون عرفيا ، ويلزم توفر أهلية التصرف فإن وجد ناقص أهلية وجب مراعاة الإجراءات المنصوص عليها في المادتين ٤٠ ، ٧٩ ولاية على المال.

- **عقد ملكية الأسرة** :

رأينا أن المادة ٨٥١ من القانون المدني قد نصت على أن " لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة ، أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة وتتكون هذه الملكية أما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة وأما من أى مال آخر مملوك لهم انفقوا على إدخاله في هذه الملكية ".ومفاد هذا النص أن ملكية الأسرة لا تنشأ إلا بموجب عقد مكتوب ، فالكتابة هنا ركن للانعقاد وليست شرطا للإثبات ، وينصرف معنى الأسرة الى كل ذوي القربى أيا ما كانت درجة قرابتهم فهؤلاء هم أعضاء الأسرة الواحدة ، ويتمثل محل العقد في أعيان التركة التي آلت لأطرافه وما قد يضاف إليها من أعيان أخرى تحقيقا للغرض من إنشاء هذه الملكية ، وقد لا تكون هناك أنوال موروثة ولكن رأى أعضاء الأسرة الواحدة إنشاء ملكية الأسرة من أموال مفرزة مملوكة لكل منهم .

- **شهر عقد ملكية الأسرة** :

يترتب على إبرام عقد ملكية الأسرة ، تغيير في حق ملكية الأعيان ، فبعد أن كانت مملوكة على الشيوع باعتبارها تركة أصبحت مملوكة على الشيوع أيضا باعتبارها ملكية أسرة ، وأيضا إذا كانت مملوكة ملكية مفرزة لأعضاء الأسرة ، أصبحت مملوكة لهم على الشيوع بعد إبرام عقد ملكية الأسرة .

وإذ تنص المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري على أن جميع التصرفات التي من شأنها تغيير حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب شهرها بطريق التسجيل ، ومن ثم فإن عقد ملكية الأسرة يجب شهره بطريق التسجيل حتى لو كانت الأعيان المكونة لهذه الملكية مملوكة على الشيوع لأعضاء الأسرة قبل إبرامه لما يترتب عليه من من تغيير في حق الملكية .

فإن كانت الأعيان مملوكة من قبل إبرام العقد ملكية شائعة لأعضاء الأسرة بأن كانت أعيانا موروثة ، تعين شهر حق الإرث حتى يمكن تسجيل عقد ملكية الأسرة إذ لا يجوز تسجيل أى تصرف يرد على أعيان التركة إلا بعد شهر حق الإرث ولا يلزم تعاقب ذلك ، بل يكفي أن يشهر حق الإرث وعقد ملكية الأسرة بموجب محرر واحد ، أما إذا تعاقب التسجيلات ، فتم شهر حق الإرث أولا ثم تلاه تسجيل عقد

ملكية الأسرة ، تعين التأشير بالتسجيل الأخير في هامش شهر حق الإرث ، ويترتب على ذلك كافة الآثار المترتبة على شهر حق الإرث وعلى تصرف الورثة التالي لشهر هذا الحق من حيث نفاذ هذا التصرف في مواجهة دائني التركة أو عدم نفاذه . فإن تكونت ملكية الأسرة من أعيان كانت مملوكة للأعضاء مفرزة ، وتم تسجيل العقد ، تغير حق الملكية منذ إتمام هذا التسجيل وأصبحت الأعيان مملوكة على الشيوع لأعضاء الأسرة من وقت التسجيل وذلك بالنسبة للمتعاقدين وأيضا بالنسبة للغير ، ومنذ هذا الوقت تسري أحكام الشيوع ، ويقوم مكتب الشهر بالتأشير بمضمون عقد ملكية الأسرة في هامش تسجيل كل من العقارات التي دخلت في ملكية الأسرة ، وهذا التأشير يتم كإجراء تنظيمي بحت ، فإذا تراخى عن تسجيل عقد ملكية الأسرة ، كان التاريخ الذي تم فيه تسجيل هذا العقد هو مناط الاحتجاج على المتعاقدين وبالنسبة للغير ، فلا يعتد في هذا الصدد بالتاريخ الذي تم فيه التأشير الهامشي ، فإذا لم يقم المكتب بهذا التأشير ، ظل لتسجيل عقد ملكية الأسرة حجيته كاملة وفقا لما تقدم ، إذ تقوم قرينة قانونية قاطعة على علم الكافة بالتصرف الذي تم تسجيله ومن ثم يحاج الغير به ولو لم يؤشر به كما يحاج به المتعاقدون أنفسهم لأن هذه الحجية لا ينال منها عدم اتخاذ إجراء تنظيمي . ومن تاريخ تسجيل عقد ملكية الأسرة ، تخضع جميع الأموال التي تضمنها لأحكام الملكية الشائعة ، مما يحول دون من كان يمتلك عقارا مفرزا قبل تسجيل هذا العقد ، والتصرف فيه مفرزا وإلا كان تصرفه غير نافذ في حق باقي المتعاقدين ، ويتوقف ذلك على نتيجة القسمة ، كما لا يعتبر المتصرف إليه من طبقة الغير ، ولكن يجوز التصرف في حصة شائعة . (راجع فيما سبق أنور طلبة ، السنهوري ، مرقص ، عمران)

***وتنص المادة ٨٥٢ مدني على أن " يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية الإسرة لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ، على أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له فى اخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوى لذلك .***

***وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته فى اخراج نصيبه " .***

- **مـــدة ملكيـة الأسـرة :**

ملكية الأسرة لابد أن تكون مؤقتة ، ولا يجوز أن تزيد المدة فيها على خمس عشرة سنة ، ويجب التمييز هنا بين فرضين : فإما أن تكون مدة قد حددت فى الاتفاق ، أو لم تحدد مدة ما . فإذا حددت مدة فى الاتفاق وجب ألا تزيد هذه المدة على خمس عشرة سنة كما قدمنا .

ويصح أن تكون المدة أقل من خمس عشرة سنة ، عشر سنين أو أقل أو أكثر والمهم ألا تزيد على خمس عشرة سنة ، فإذا حددت مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة . نقيد بها الشركاء فى ملكية الأسرة ، وأصبح لزاما أن يستبقوا أموالهم داخلة فى هذه الملكية طوال المدة المحددة ، ومن هنا نرى أن ملكية الأسرة أطول بقاء وأكثر استقراراً من الشيوع العادى وهذه هى ميزتها ففى الشيوع العادى لا يمكن الاتفاق على البقاء فى الشيوع مدة تزيد على خمس سنوات ، وهنا قد تطول المدة إلى خمس عشرة سنة ، ويجوز بعد انقضاء المدة المحددة ابتداء أن تجدد المدة مرة ثانية فثالثة وهكذا .

ولكن التجديد لا يكون إلا بعد انقضاء المدة السارية ، وذلك على النحو الذى قدمناه فى الشيوع العادى ، فإذا لم تجدد المدة بعد انقضائها ، ولم يطلب أحد القسمة ، بقى أعضاء الأسرة فى الشيوع ولكن الشيوع هنا يكون شيوعاً عادياً لا شيوع ملكية الأسرة . (السنهورى ص٩٧٨ – اسماعيل غانم ص٣٢٧)

ولكن ما دام شيوع ملكية الأسرة ائماً لاي جوز فى الأصل لأحد من الشركاء أن يخرج نصيبه من هذه الملكية ، ومع ذلك يجوز على سبيل الاستثناء ، للشريك أن يطلب من المحكمة الإذن فى إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ، إذا وجد مبرر قوى لذلك " ( م٨٥٢/١ مدنى ) فقد يجد أحد الشركاء نفسه قبل انقضاء المدة المحددة ، فى حاجة ملحة للمال الذى وضعه فى ملكية الأسرة أو يكون ق انتقل من الجهة التى كان يقيم فيها بجوار ملكية الأسرة فلا يعود مستطيعاً أن يتابع سير العمل والإدارة فى هذه الملكية ، أو تكون العلاقة بينه وبين أعضاء الأسرة الآخرين قد ساءت إلى حد لا يرجى معه العودة إلى التفاهم. (السنهورى ص٩٧٩)

أما إذا لم تحدد مدة فى الاتفاق جاز لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته فى إخراج نصيبه ، فإذا تعلقت هذه الملكية بأرض زراعية وجب مراعاة العرف الزراعى وهو يقضى بوجوب انتظار جنى المحصول ، وإخراج لا يعد قسمة للمال الشائع فيجوز تجنيب حصة الشريك أو دفع نصيبه نقداً ، ويجب أن يتم الإعلان على يد محضر ، فلا يكفى الخطاب ولو كان مسجلاً ، بإعتبار أن الإعلان إجراء من إجراءات المرافعات يخضع للشكل الذى يتطلبه هذا القانون وقت إجرائه .

*وتنص المادة ٨٥٣ مدني على أن " ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة ، ولا يجوز لأى شريك أن يتصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة الا بموافقة الشركاء جميعاً .*

*وإذا تملك أجنبى عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبراً عليه ، فلا يكون الأجنبى شريكا فى ملكية الأسرة الا برضائه ورضاء باقى الشركاء" .*

- **عدم جواز طلب القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة:**

يبقى نصيب الشريك شائعاً فى ملكية الأسرة ، ولا يستطيع الشريك أن يطلب القسمة مادامت هذه الملكية قائمة وقد يبقى على هذا النحو مجبراً على البقاء فى الشيوع مدة خمس عشرة سنة إذا حدد هذا الأجل فى الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة وفى هذا تختلف هذه الملكية كما قدمنا عنى الشيوع العادى حيث لا يجبر على البقاء فى الشيوع أكثر من خمس سنوات . (السنهورى ص٩٨١)

- **عدم جواز تصرف أى شريك فى نصيبه لأجنبى إلا بموافقة الشركاء جميعاً:**

لما كان الأصل فى ملكية الأسرة هو اقتصارها على أعضاء لأسرة الواحدة ، لذلك كان طبيعيا أن يمتنع على كل شريك التصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعاً ( م٨٥٣/١ ) حتى لا يدخل بين أعضاء الأسرة الواحدة أجنبى عنهم قد يتضررون من وجوده بينهم شريكاً لهم ، ولكن ليس ما يمنع أحد الشركاء من التصرف فى نصيبه إلى شريك آخر دون حاجة إلى موافقة باقى الشركاء لانتفاء مظنة تضررهم من ذلك . (حسن كيرة ص٢٤٣)

• **تملك الأجنبى عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاه أو جبراً عليه** :

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٥٣ مدنى على أنه "إذا تملك الأجنبى عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبراً عليه فلا يكون الأجنبى شريكاً فى ملكية الأسرة إلا برضائه ورضاء باقى الشركاء " فيبدو أن تصرف أحد الشركاء فى حصته إلى أجنبى بموافقة باقى الشركاء ، لا يكفى لجعل المتصرف إليه شريكاً فى ملكية الأسرة محل الشريك المتصرف ، لأن اعتباره شريكاً فى مثل هذه الملكية القائمة بين أقرباء أمر قد لا يقبله الشركاء رغم موافقتهم على التصرف إليه أو قد لا يقبله المتصرف إليه نفسه لكيلا يوجد فى وسط يعتبر غريبا عنه ، ولذلك يعلق المشرع اعتبار الأجنبى المتصرف إليه شريكاً على رضاه ورضاء باقى الشركاء معا بذلك بحيث إذا تخلف هذا الرضاء المشترك ، لم يكن يد مجن تجنيب ما آل إلى الأجنبى إليه نتيجة التصرف وأخراجه من ملكية الأسرة الشائعة ، ويقرر المشرع كذلك نفس هذا الحكم فى حالة تملك الأجنبى عن الأسرة حصة أحد الشركاء جبراً عليه ، فلا يصبح رغم ذلك شريكاً فى ملكية الأسرة إلا براضاه وراضاء باقى الشركاء (م ٢/٨٥٣) . (حسن كيرة ص٢٤٣ وما بعدها )

ونرى من ذلك أنه لابد من صدور موافقة باقى الشركاء مرتين مرة عند تصرف الشريك فى نصيبه لأجنبى ومرة أخرى عند استبقاء هذا النصيب فى ملكية الأسرة وبهذا تنتفى شبهة التعارض ما بين فقرتى المادة ٨٥٣ مدنى ، وقد كانت هذه الشبهة أثيرت فى لجنة مجلس الشيوخ إذا لاحظ أحد الأعضاء " أن حكم الفقرة الثانية مناقض للحكم الوارد فى الفقرة الأولى التى تحرم على الشريك التصرف فى نصيبه لأجنبى إلا بموافقة الشركاء بينما الفقرة الثانية يفهم منها جواز التصرف لأجنبى فاجيب بأن حكم الفقرة الثانية وهو حكم خاص بالشريك الذى يتصرف فى نصيبه بغير التقيد بحكم الفقرة الأولى . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ص ١٤٨ )

ولا شك فى أن الإجابة التى أدلى بها أمام لجنة مجلس الشيوخ خالية من الدقة والصحيح –كما جاء فى المذكرة الإيضاحية – أن الأجنبى يحتاج إلى موافقة باقى الشركاء فى كسب نصيب الشريك أولا ، ثم يحتاج إلى موافقتهم مرة أخرى فى إبقاء هذا النصيب فى ملكية الأسرة ، أنظر فى ذلك عبد المنعم البدراوى فقرة

١٧٣ص٢٠٨ – ٢٠٩ – إسماعيل غانم فقرة ١٤٢ ص٢٣٠ – حسن كيرة فقرة ١٦٨ ص٥٨٠ – ص٥٨١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٦٦ ص٢٢١ – منصور مصطفى منصور فقرة ص٢٤٠ – ص٢٤١ – وقارن محمد على عرفة فقرة ٣٥١ ص٤٧٠)

ويترتب على ما تقدم أنه إذا تصرف الشريك فى نصيبه بغير موافقة الشركاء كان تصرفه باطلاً إذ البطلان هو جزاء المانع من التصرف (م٨٢٤ مدنى) أما إذا أقام أحد الدائنين بالتنفيذ على حصة أحد الشركاء فيصبح هذا التنفيذ ويصبح الغير مالكاً للحصة إنما لا ينضم إلى ملكية الأسرة إلا بموافقته وموافقة باقى الشركاء ويسرى ذلك أيضا فى التصرف الاختيارى إذا تم بموافقة باقى الشركاء فإن انعدمت الموافقة أخرج للمتصرف إليه حصته بالتجنيب أو مقابلها نقداً .

*وتنص المادة ٨٥٤ مدني على أن " للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحد أو أكثر ، وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير فى الغرض الذى أعد له المال المشترك ما يسحن به طرق الانتفاع بهذا المال ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك .*

*ويجوز عزل المدير بالطريقة التى عين بها ولو اتفق على غير ذلك ،كما يجوز للمحكمة أن تعزله بناء على طلب أى شريك إذا وجد سبب قوى يبرر هذا العزل " .*

- **إدارة ملكيـــة الأســـرة** :

لقد جرى المشرع – فى شأن إدارة ملكية الأسرة على مبدأ الأغلبية الذى جرى عليه فى شأن الملكية الشائعة العادية ، فجعل للشركاء الذين يملكون الأغلبية العادية لحصص حق تعيين واحد منهم أو أكثر يتولى الإدارة . فيكون المدير وكيلا عن باقى الشركاء ، ويجب أن يكون من بين الشركاء خلافا للشيوع العادى ، ولهذا المدير سلطة أوسع من سلطة المدير فى المال الشائع التى سبق تحديدها ، فهو يقوم بأعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة ، فله ان يدخل على الملكية من التغييرات ومن التعديل فى الغرض الذى أعدت له ملكية الأسرة ما يسحن به طرق الانتفاع ، إلا إذا سلب المدير هذه السلطة الواسعة باتفاق خاص ، وليس للأقلية أن تتظلم من عمل معين من أعمال الإدارة ، ولكن لكل شريك أن يطلب من المحكمة عزل

المدير إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك ... إلخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص١٥٣ وما بعدها )

- **عــزل المديــــر** :

فكما يعين المدير بأغلبية الشركاء على النحو السالف الذكر ، كذلك يجوز عزله بهذه الأغلبية عينها ، حتى لو اتفق الشركاء على عدم جواز عزله ، إلا إنه يجوز للمحكمة عزل المدير ، دون حاجة إلى أغلبية الشركاء ، إذا طلب عزله أحد الشركاء ووجد سبب قوى يبرر هذا العزل ، كأن المدير غير صالح لمهمته أو كان غير أمين .

- **عــدم تعــيين مـديــــر** :

فإن لم يعين الشركاء مديراً ، كانت لهم بالأغلبية العادية الإدارة العادية وغير العادية ، وفى هذه الحالة أن تقتصر الأغلبية على الإدارة ا/ا الإدارة غير العادية فيلزم لها أغلبية ثلاثة أرباع الأنصباء . (عرفة والبدراوى ، المراجع المشار إليها)

وليس من الضرورى أن يعين الشركاء مديراً لملكية الأسرة ، وإن كان هذا هو الطريق الأيسر فيجوز أن يتولى الشركاء أنفسهم الإدارة العادية منها وغير العادية ويكون كل ذلك بالأغلبية العادية المشار إليها سالفا ، ولا يجوز للأقلية الاعتراض أمام المحكمة على الإدارة غير العادية ، كما يصح ذلك فى الشيوع العادى ، وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا لم يعين مدير لملكية الأسرة ، طبقت القواعد العامة فى إدارة الشيوع العادى ، فلا يكون للأغلبية العادية سوى القيام بأعمال الإدارة العادية .

***وتنص المادة ٨٥٥ مدني على أن " فيما عدا الأحكام السابقة تنطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة " .***

- **تطبيق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة** :

رأينا أن المادة ٨٥٥ من التقنين المدنى قد نصت على أنه " فيما عداً الأحكام السابقة تنطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة " فقد خص المشرع ملكية الأسرة بالأحكام الوارة فى النصوص السابقة وتخضع هذه الملكية فيما لم تتضمنه هذه النصوص للقواعد العامة فى الشيوع وبشأن علاقة المدير بالشركاء وبالغير أحكام الوكالة ، فملكية الأسرة هى ملكية شائعة خالصة للشركاء ليست لها شخصية معنوية ويعهد الشركاء بإدارتها لأحدهم فيكون وكيلا عنهم . (أنور طلبه ص٦١٩)

- **وقد أعطى المشرع بموجب القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٢ وكذا القرار رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ الصادر من وزير الشئون الإجتماعية لكل أسرة بالنوبة لا تملك أرضا زراعية مساحة من الأرض الزراعية** :

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " النص فى المادة الرابعة من قرار وزير الشئون الإجتماعية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ الصادر نفاذا للقانون ٦٧ لسنة ١٩٦٢ – على أن تملك كل أسرة تعمل بالزراعة فى النوبة ولا تملك أرضا زراعية بها مساحة من الأرض الزراعية بالموطن الجديد تقدر بالنسبة لعدد أفراد الأسرة ومساحة الأراضى التى ستوزع عليهم وبحد أدنى فدان وفى المادة ١٢ منه على أنه يقصد بالأسرة فى هذا القرار الوالدان أو أحدهما والأولاد والأحفاد وكذلك الإخوة وأولادهم متى كانوا يعيشون فى منزل واحد يدل على أنه بالنسبة لأاسر مهجرى النوبة الذين كانوا يعملون بالزراعة فيها ولا يملكون شيئا من أراضيها ، رأى المشرع فى سبيل رعاية هذه الأسر فى المجتمع الذى نقلهم إليه وحتى لا يكون هذا النقل سببا فى تشتت هذه الأسر ، أن يمنح كل أسرة منها ملكية زراعية يراعى فى تحديد مقدار مساحتها أفراد هذه الأسرة الذين شملهم الحصر وقتئذ بما مفاده أنه أنشأ بها حالة جديدة من حالات ملكية الأسرة بالإضافة إلى حالات ملكية الأسرة الواردة بالقانون المدنى وهى ملكية شائعة يستحق كل من أفرادها نصيبه فى ريعها بما لا يتعارض وأحكام الشريعة الإسلامية " وبأنه " إذا كان مفاد نص المادة الرابعة من قرار وزير الشئون الإجتماعية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ سالفة البيان أن هناك تملك أفراد أسر مهجرى النوبة للأرض الزراعية التى توزع عليهم بالموطن الجديد هو توافر الشروط المشار إليها بهذه المادة فيهم عند تنفيذ هذا القرار ولو زالت عنهم بعد ذلك ، وكان الثابت أن المطعون ضدهم الأولى كانت ضمن أفراد السرة وقتئذاك ، فإن إنقاصها عن الأسرة بعد ذلك بطلاقها من الطاعن لا يحول دون أحقيتها لنصيبها فى الأرض التى خصصت للأسرة التى كانت فردا فيها " ( طعن رقم ١١٩٩ لسنة ٤٩ق – جلسة ١٩٨٣/٣/١٠) وبأنه " مفاد نصوص المواد الأولى والثانية والثالثة والرابعة من القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٢ بشأن نزع ملكية الأراضى التى تغمرها مياه السد العالى ، أن المشرع أعتبر من أعمال المنفعة العامة مشروع الأراضى التى تغمرها مياه السد العالى المحصورة بين السد المذكور وحدود جمهورية مصر العربية وجمهورية

السودان وذلك وفقا للخرائط التى تقرها مصلحة المساحة ، وتنزع على الوجه المبين فى هذا القانون ملكية الأراضى المشار إليها فى المادة الأولى بما عليها من منشآت وكذلك المبانى والمنشآت والأشجار والنخيل التى أقامها الأهالى على أراضى الحكومة واستثناء من أحكام القانون رقم ٥٧٧ لسنة ٥٤ والقانون رقم ٢٥٢ لسنة ٦٠ يعوض أصحاب الحقوق فى العقارات المشار إلأيها بالمادتين الأولى والثانية بأداء تعويض لهم عن الأراضى والمبانى والنخيل والأشجار والسواقى والآبار وغيرها من المنشآت القائمة وقت العمل باحكام هذا القانون ، على أنه استثناء من حكم الفقرة الخامسة من المادة الثالثة يجوز أن يكون التعويض كله أو بعضه أراضى أو مبانى تعدها الحكومة لهذا الغرض ، ويصدر وزير الشئون الإجتماعية قراراً بالقواعد التى تنظم وقد صدر قرار وزير الشئون الإجتماعية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ ببيان قواعد تعويض وتمليك وإسكان أهالى النوبة ، ونص فى المادة الأولى منه على أن لصاحب التعويض الذى يقرر بالتطبيق لأحكام القانون رقم ٦٧لسنة ١٩٦٢ أن يتار بين الحصول على التعويض المستحق له نقداً أو عيناً ، ويكون التعويض العينى وفق القواعد الواردة بهذا القرار ، كما نص فى المادة الثانية على أن يملك صاحب المنزل الراغب فى التعويض العينى مسكناً واحداً بالموطن الجديد يتفق حجمه مع عدد أفراد أسرته وحالته الإجتماعية مهما تعددت المساكن التى يملكها بالنوبة كما نصت المادة الخامسة من ذات القرار – على أن تملك كل أسرة مقيمة ولا تملك مسكناً بالنوبة مسكناً بالموطن الجديد يتفق وعدد أفرادها ، وتعد بتوزيع المساكن كشوف تعتمد من وكيل وزارة الشئون الإجتماعية المختص والنص فى المادة ١٢ من ذات القرار على أن يقصد بالأسرة فى هذا القرار الوالدان أو أحدهما والأولاد والأحفاد وكذلك الأخوة وأولادهم متى كانوا يعيشون فى منزل واحد ، وكان مفاد نص المادتين الثانية والخامسة من قرار وزير الشئون الإجتماعية سالف البيان أنه نظم حالتين لملكية المبانى الجديدة الأولى لمن نزعت ملكية منزله بالنوبة القديمة واختار التعويض العينى فإنه يملك مسكناً واحداً جديداً عوضاً عن منزله يتفق فى حجمه مع عدد افراد أسرته وحالته الإجتماعية فتنقل ملكية المنزل الجديد له وحده دون أفراد أسرته والثانية إذا كانت الأسرة تقيم بالنوبة ولا تملك منزلاً بها تملك مسكناً بالموطن

الجديد يتفق وعدد أفرادها أى أن الأسرة كلها تملك المكسن الجديد وهى الحالة التى أنشأ المشرع بها حالة جديدة من حالات ملكية الأسرة بافضفة إلى حالات ملكية الأسرة الواردة بالقانون المدنى " وبأنه " لما كان البين من تقرير الخبير أن المسكن الجديد مسلم للمرحومة ........ والدة الطاعن تعويضاً لها عن منزل نزعت ملكيته لحصره ضمن مشروع الأراضى التى تغمرها مياه السد العالى وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بأحقية المطعون ضدها فى الإنتفاع بإحدى وحدات المسكن الجديد والإقامة فيها بإعتبارها من أفراد الأسرة ولم يفطن إلى أن المسكن الجديد تم تملكيه لمورثة الطاعن وحدها تعويضاً عن نزع ملكية منزلها بالنوبة القديمة حسبما جاء بتقرير الخبير – هذا إلى أن المطعون ضدها لا تعتبر من أفراد أسرتها عملاً بنص المادة ١٢ من قرار وزير الشئون الإجتماعية سالف البيان ولا يغير من ذلك إدراجها فى كشف الحصر بنها زوجة للطاعن ومن أسرته إذ أن المنزل الجديد أعطى لوالدة الطاعن عوضاً عن منزلها المملوك بالنوبة القديمة وذلك عملاً بأحكام المادة الثانية من قرار وزير الشئون الإجتماعية رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٢ بشأن نزع ملكية الأراضى والعقارات التى تغمرها مياه السد العالى بالنوبة القديمة على ما سلف بيانه مما عيب الحكم المطعون فيه " ( طعن رقم ٤٨٩٧ لسنة ٦٣ق – جلسة ١٩٩٤/٦/٣٠)

- **ملكيـــة الطبقـــات** :

تنص المادة ٨٥٦ مدني على أن " إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة ، فإنهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للإستعمال المشترك بين الجميع وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والافنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة كل هذا ما لم يوجد فى سندات الملك ما يخالفه .

وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة ، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ، وليس لمالك أن يتصرف فى نصيبه هذا مستقلا عن الجزء الذى يملكه .

والحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين".

- **المقصود بملكية الطبقات والشقق** :

يقصد بملكية الطبقات أن يكون البناء مكون من عدو طبقات أو شقق ويكون كل منها مملوكاً لشخص معينة ملكية مفرزة وتتضمن ملكية الطبقات نوعين من الملكية ملكية مفرزة وملكية شائعة شيوعاً إجبارياً دائما بالنسبة للأجزاء المشتركة . ويقصد بملكية الشقق تقسم الدور بين ملاك متعددين على هيئة شقق ، بحيث يملك كل منهم شقة أو أكثر ملكية خالصة . وقد أورد القانون المدنى الملغى أحكاما منظمة لملكية الطبقات فى المادة ٥٥/٣٤ وما بعدها ، كما أن فقهاء الإسلامية قد عرفوا هذه الملكية ونظموها . أما التقنين المدنى الجديد فقد زاد هذه المسألة تفصيلاً ، وهو قد استقى أحكامه من نصوص التقنين المدنى الملغى ومن الشريعة الإسلامية ومن أحكام القضاء المصرى ومن القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٨. (عزمى البكرى ص٥٥٥)

- **الأحكام المنظمة لملكية الطبقات** :

تنص المادة ٨٥٦ من القانون المدنى على أنه " إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة ، فإنهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للإستعمال المشترك بين الجميع وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة كل هذا ما لم يوجد فى سندت الملك ما يخالفه " . هذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة ، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزاء الذى له فى الدار ، وليس لمالك أن يتصرف فى نصيبه هذا مستقبلا عن الجزء الذى يملكه . والحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين .

- **الأجزاء المفرزة فى البناء متعدد الطبقات** :

والأجزاء المفرزة فى البناء متعدد الطبقات هى عادة الطبقات والشقق التى يتقسم إليها البناء ، فكل طبقة أو شقة فى البناء تكون مملوكة ملكية مستقلة لأحد

الأشخاص ، وتشمل الطبقة أو الشقة كل ما تحتويه مما هو للإستعمال الخاص بالمالك ، فتشمل ما يوجد داخل الطبقة أو الشقة من حواجز فاصلة بين الحجرات ، وما يوجد فيها من أنابيب الماء والغاز وأسلاك الكهرباء والأدوات الصحة وغيرها من الأدوات المثبتة ، وكذلك الباب الخارجى والأبواب والنوافذ الأخرى والنوافذ واشلرفات ، أما الجدران الرئيسية والأرضية والسقف ، فهذه كلها من الأجزاء الشائعة ، ولكن البلاط والأخشاب التى تكسو الأرضية والسقف والجدران هى ملك خالص لمالك الطبقة أو الشقه .

ولمالك الطبقة أو الشقة ما للملاك من حقوق ، فله أن يستعمل طبقته أو شقه فيسكنها بنفسه أوى سكنها أحدا من ذويه ، وله أن ستغلها ، فيؤجرها لغيره ، وله أن يتصرف فيها بالبيع والهبة والرهن وغير ذلك من أنواع التصرفات ، وله أن يشارك فيها غيره على الشيوع فتكون مملوكة على الشيوع لشخصين أو أكثر ، وذلك ما لم يتفق الملاك على منع التجزئة ، فيكون لكل طبقة أو شقة مالك واحد منها من تكاثر الملاك وانخفاض قيمة الدار تبعا لذلك . ويجب على المال ألا يغلو فى استعمال حق ملكه فيضر بجيرانه – وهم هنا من ألصق الجيران إذهم الساكنون معه فى نفس الدار– ضرراً غير مألوف ، وعلى ذلك لا يجوز له أن يقوم بأى عمل فى الطبقة أو الشقة يكون من شأنه أن يوهن البناء أو يضعف من متانته وعليه أن يقوم بصيانة ما يكسو أراضيه طبقته أو شقته وسقفها من بلاط وأخشاب ، حتى لا تتأثر قواعد الأرضيات والسقوف وهى ملك شائع من التقصير والإهمال فى الصيانة .

- **الأجــــزاء الشائعــــة** :

أما الأجزاء الشائعة طبقا لنص المادة ١/٨٥٦ مدنى ، أجزاء البناء المعدة للإستعمال المشترك بين الجميع ، فيدخل إذن ضمن الأجزاء الشائعة ما ذكرته المادة ٨٥٦١ مدنى ، لا على سبيل الحصر من أرض أقيم عليها البناء ، ومن أساسات وجدران رئيسية ومداخل وأفنية وأسطح ومصاعد وممرات ودهاليز ، وقواعد الأرضيات والأسقف ، وأنابيب المياه والغاز وأسلاك الكهرباء إلا ما كان من ذلك داخل الطبقة أو الشقة ، وقد أغفل نص المادة ١/٨٥٦ مدنى ذكر السلم بين الأجزاء الشائعة ، مع أنه كان وارداً فى المشروع التمهيدى للنص ، والظاهر أن هذا

الإغفال جاء سهوا لا قصدا ، فيدخل السلم أيضا بين الأجزاء الشائعة إذ هو من أهم هذه الأجزاء ، وأن تعداد النص للأجزاء الشائعة إذ هو من أهم هذه الأجزاء ، وأن تعداد النص للأجزاء الشائعة لم يجئ على سبيل الحصر ، ويدخل أيضا ضمن الأجزاء الشائعة ، غير السلم مما هو ليس مذكوراً فى النص ، غرفة البواب ومحل سكنه والحديقة أو الحدائق المشتركة ، وأعالى المداخن ، وبالجملة كل ما كان معدا للإستعمال المشترك بين الجميع . على أن الأصل أن تحدد سندات الملك الأجزاء الشائعة والأجزاء المفرزة فى البناء ، وتشتمل على تقدير لقيمة الأجزاء المفرزة للإستعانة بها عند توزيع النفقات والتكاليف على الملاك المتعددين ، وعند تحديد حصة كل مالك فى الأجزاء الشائعة فيجوز أن يذكر الملاك فى سندات الملك أجزاء أخرى غير التى ذكرها القانون على أنها أجزاء شائعة ، كما يجوز أن يستبعدوا من الشيوع ما ذكر القانون انه شائع فالعبرة أولا بسندات الملك ، ويجئ بعد ذلك ما نص عليه القانون . وقد أضافت الفقرة الثالثة من المادة (٨٥٦) مدنى ، أن الحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين ، فهى إذن لا تكون شائعة بين الجميع ، ويقاس على ذلك ما كان خاصاً ببعض الشقق دون بعض ، كباب أو دهاليز خاص بشقتين دون غيرهما من الشقق .

- **الأجزاء المشتركة وحصة كل مالك فيها** :

الأجزاء المشتركة تعتبر مملوكة ملكية شائعة لجميع ملاك الطبقات والشقق والشيوع هنا إجبارى دائم لا يقبل القسمة وحصة كل مالك فى هذه الأجزاء تكون بنسبة قيمة الجزء المفرز الذى له فى الدار ، وليس له أن يتصرف فى هذه الحصة تصرفا مستقلاً عن التصرف فى الجزء المفرز الذى يملكه إذ أن الحصة فى الأجزاء الشائعة تابعة تبيعة مطلقة للجزء المفرز الذى يملكه المالك وقد أعدت إعدادا كاملاً لخدمة هذا الجزء وفى هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ٨٥٦ مدنى كما رأينا وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة ، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ، وليس لمالك أن يتصرف فى نصيبه هذه مستقلاً عن الجزء الذى يملكه " مفاد ذلك أن " الأشياء المشتركة مملوكة فى الشيوع لكل الشركاء كل بقدر قيمة الطبقة أو الشقة التى يملكها والعبرة بالقيمة وقت إنشاء البناء

وفقاً لما يرد بسند التمليك ولا تتغير القيمة لتحسنات أو خلافه وهذا شيوع اجبارى فلا يجوز لأى شريك المطالبة بقسمة هذه الأشياء . (أنور طلبه ص٦٢١)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " النص فى المادة ٥٦ من القانون المدنى على أنه إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة فإنهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للفستعمال المشترك بين الجميع وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة كل هذا ما لم يوجد فى سندات المالك ما يخالفه قد قصد به المشرع وضع التصوير الجديد عن الطبقات المفرزة والشيوع الإجبارى تشجيعاً على إنتشار ملكية الطبقات والشقق بين أفراد الطبقات المتوسطة توخياً لإنفراج أزمة المساكن بعد احتدامها بإزدياد عدد السكان والتى لا يستطيع الفرد فيها أن يملك منزلاً كاملاً ويؤثر على الإشتراك مع غيره فى الشيوع أن يستقل بملكية طبقة أو شقة من طبقات أو شقق أحد العقارات واضعاً بذلك نظاماً لتحديد العلاقات المستمرة بينه وبين جيرانه حسماً للمنازعات التى قد تنشأ عن هذه الملكية وأن البين من النص سالف الذكر أن تلك الملكية وإن كانت لملاك مختلفين إلا أنها تنقسم فى كيانها إلى اجزاء مفرزة تتمثل فى الطبقات والشقق التى ينقسم إليها البناء ومن ثم تكون كل طبقة أو شقه فيه مملوكة ملكية مستقلة لمالكها على سبيل الإختصاص ويكون له استعمالها واستغلالها والتصرف فيها بالبيع وغير ذلك من أنواع التصرفات وأجزاء شائعة شيوعاً إجبارياً دائماً لا تقبل القسمة تتمثل فى الأجزاء المتعلقة بالإنتفاع المشترك بين جميع الملاك تخصهم جميعاً كل بحسب ما يخص طبقته أو شقته فيها يملكها مع غيره ومن ثم يختلف هذا النوع من الملكية من حيث طبيعته وأحكامه عن الملكية الشائعة التى نظم المشرع أحكامها فى المادة ٨٢٥ ومالا بعدها من القانون سالف الذكر والتى تسرى بقدرها إلى كل أجزاء المال الشائع لا يتحدد نصيب كل شريك فيها إلا بالقسمة وإن كان ذلك لا يفقد ما لكل حصة من كيان ذاتى فتكون فى كل جزء منه متميزة ن غيرها إلى حصول تلك القسمة وحينئذ تعتبر متميزة بالفعل والتى بما لها من أثر رجعى كاشف تكون فى نظر القانون متميزة من عيرها من أول الأمر ( نقض ٢٠٠٠/٥/٣١ طعن ٦٤٠١ س ٦٢ق)

*وتنص المادة ٨٥٧ مدني على أن" كل مالك في سبيل الانتفاع بالجزء الذى يملكه في الدار حر في أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له ، على ألا يحول دون استعمال باقي الشركاء لحقوقهم .*

*ولا يجوز احداث أى تعديل في الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع الملاك حتى عند تجديد البناء إلا إذا كان التعديل الذى يقوم به أحد الملاك على نفقته الخاصة ، من شأنه أن يسهل استعمال تلك الجزاء ، دون أن يغير من تخصيصها أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين" .*

- **حق الانتفاع بالأجزاء المشتركة** :

**لكل شريك سلطة واسعة في الانتفاع بالجزاء المشتركة بشرط ألا يغير من تخصيصها أو يضر بباقي المشتاعين وبما لهم من حقوق مساوية لحقوقه على هذه الأجزاء ، وهذا هو ما يقرره المشرع صراحة بقوله "كل مالك في سبيل الانتفاع بالجزء الذى يملكه في الدار حر في أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما اعدت له ، على ألا يحول دون استعمال باقي الشركاء لحقوقهم " . ( م٨٥٧/١)**

**وتطبيقا لذلك ورغم أن التعديل في الأشياء المشتركة سلطة خطيرة فيملك أى شريك الأنفراد به في حدود القيود السابقة وعلى نفقته وحده ما دام لا يضر بباقي المشتاعين أو بغير من التخصيص المعدة له ، بل – على العكس يسر الانتفاع المشترك بهذه الأشياء ، ولذلك تنص المادة ٢/٨٥٧ على أنه " لا يجوز احداث أى تعديل في الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع الملاك حتى عند تجديد البناء ، إلا إذا كان التعديل الذى يقوم به أحد الملاك على نفقته الخاصة ، من شأنه أن يسهل استعماعل تلك الأجزاء دون أن يغير من تخصيصها أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين (حسن كيرة ص٢٥٤) مفاد ما تقدم أن " لكل مالك أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما اعدت له على ألا يحول استعماله دون استعمال باقي الشركاء أو على نحو يضر بهم أو بالبناء ولا يجوز ادخال أى تعديل في هذه الاجزاء بدون موافقة باقي الشركاء إنمكا يجوز ادخاله إذا كان من شأنه تيسير استعمال الجزء الشائع مع بقاء الغرض الذى خصص له على أن يكون ذلك على نفقة الشريك الذى قام بالتعديل ( أنور طلبه ص٦٣١) ولكن إذا تكون اتحاد الملاك الطبقات والشقق –كما سيجئ فإنه**

يجوز لهذا الاتحاد بالأغلبية العادية أن يقرر إدخال أى تعديل فى الأجزاء اشلائعة وكذلك يجوز دون تكوين اتحاد للملاك وطبقا للقواعد المقررة فى إدارة الشيوع العادى ، للشركاء الذين يملكون على الأقل أرباع الأجزاء اشلائعة أن يقرروا إدخال تعديلات تخرج عن حدود الإدارة المعتادة وللأقلية حق التظلم أمام المحكمة (م٨٢٩ مدنى ) . (انظر فى هذا المعنى إسماعيل انم فقرة ١٥٤ ص ٣٥٩ هامش – وقارن السيد على المغازى فقرة ٧١ ص١٢٢)

*وتنص المادة ٨٥٨ من القانون المدني على أن " على كل مالك أن يشترك فى تكايف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها ويكون نصيبه فى هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك .*

*ولا يحق لمالك أن يتخلى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك فى التكاليف المتقدمة الذكر" .*

- **تكاليف حفظ الأشياء المشتركة وصيانتها وإداراتها وتجديدها** :

إذا كان كل الشركاء المشتاعين يشتركون فى ملكية الأشياء المشتركة واستعمالها والإنتفاع بها ، فطبيعى أن يتقاسموا تكاليف حفظها وصيانتها وإدارتها وتجديدا ، كل بنسبة حصته فى الشيوع وهى محسوبة على أساس قيمة ما له من ملكية مفرزة فى الدار ( م ٢/٨٥٦ و ١/٥٨)

وإذا كانت هذه هى القاعدة التى يقررها المشرع ، فواضح أن للمشتاعين الخروج عليها باتفاقهم على خلافها . وقد نصت المادة ٨٥٨ مدنى على أنه " على كل مالك أن يشترك فى تكاليف الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها ، ويكون نصيبه فى هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك . ولا يحق لمالك أن يتخلى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك فى التكاليف المتقدمة الذكر .

- **لا يجوز للمالك الإخلال بالتزامه بدفع التكاليف** :

وإذا كان التزام المشتاع بالمساهمة فى هذه التكاليف التزاما عينياً وكانت القاعدة فى الإلتزامات العينية –كما سبق أن أشرنا – هى امكان تخل الملتزم من التزامه بالتخلى عن الحق العينى المبنى عليه الإلتزام ، فرغم ذلك من المتفق عليه

حرمان المشتاع من مكنة التخلى عن نصيبه الشائع فى الأشياء المشتركة للتخلص من مثل هذا الإلتزام ، وهو ما ينص عليه المشرع صراحة بقوله " لا يحق لمالك أن يتخلى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة للتخلص من الإشتراك فى التكاليف المتقدمة الذكر " ( م٢/٨٥٨ ) وذلك لأن انتفاعه بملكيته المفرزة للطبقة أو الشقة يفترض بالضرورة انتفاعه بالأشياء المشتركة . (حسن كيرة ص٢٥٦)

- **إدارة الأجـــزاء الشائعـــة** :

لما كانت الأجزاء المشتركة شائعة بين جميع ملاك الطبقات والشقق ، فإن إدارتها تتبع فيها القواعد السابقة فى إدارة المال الشائع . فقد يتفق الملاك على وكيل عنهم لإدارتها ، وغالباً يكون الوكيل هو بواب العمارة ، وقد يقوم أحد الملاك بالإدارة فعلاً ، فثبت له الوكالة الضمنية إذا سكت بقية الملاك مرتضين إدارته . وإذا لما كان هناك وكيل ، فالإدارة العادية تكفى فيها الإلبية الملاك على أساس قيمة الطبقات والشقق التى يملكونها ولهذه الأغلبية أن تعين مديراً ، وأن تضع نظاما لإدارة الأجزاء الشائعة والانتفاع بها .( م ٨٢٨ مدنى )

أما الإدارة غير العادية ، فلابد فيها من أغلبية خاصة هى أغلبية ثلاثة أرباع الأنصبة ، وللأقلية أن تتظلم من قررات هذه الأغلبية إلى القضاء . ( م ٨٢٩ مدنى )

ولكن الشيوع هنا شيوع دائم إجبارى ، ولا يجوز فيه طلب القسمة ، فى حين أن الشيوع العادى شيوع مؤقت يجوز فيه طلب القسمة فتضع القسمة حدا لمتاعب الإدارة المشتركة لذلك كفل القانون لملاك الطبقات والشقق ، وهم لا يستطيعون طلب قسمة الأجزاء الشائعة ، أن يكونوا اتحادا منهم لإدارتها .

***وتنص المادة ٨٥٩ مدني على أن " على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو .***

***فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل ويجوز فى كل حال لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة " .***

- **السفـــل والعلـــو** :

كان نظام السفل والعلو هو النظام السائد فى ملكية الطبقات فى عهد التقنين المدنى السابق ، وقد أخذت أهميته تناقص أنتشار العمارات الكبيرة ، التى يتلاءم معها نظام الطبقات المفرزة والشيوع الإجبارى ، على أن نظام السفل والعلو لا يزال

موجوداً من مخلفات العهد القديم ، وقد نظمه التقنين المدنى السابق كما قدمنا ، وعن هذا التقنين استمد التقنين المدنى الجديد النصوص الواردة فى هذا الشأن (السنهورى ص٩٤٤) ونظم العلاقة بين صاحب العلو وصاحب السفل وفرض على كل منهما التزامات لصالح الآخر .

- **التزامات صاحب السفل** :

(١) **التزام صاحب السفل بترميم السفل** : لقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٥٩ مدنى على أنه " على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو" فلما كان للعلو حق قرار على السفل ، ومن ثم التزم صاحب السفل بالقيام بكل العمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو مثل صيانة السقف والأخشاب الحاملة له . ولا يقتصر الأمر على صيانة السقف وترميمه . بل يجب على صاحب السفل أيضا صيانة جدران السفل وترميمها عند الاقتضاء وبالجملة صيانة جميع أجزاء السفل المملوكة له ملكية مفرزة وترميمها ، وذلك لمصلحة العلو واحتفاظاً له بحق القرار على السفل ، ولكنه لا يلتزم إلا بترميم سفله ، فلا يلتزم بإجراء ترميمات فى العلو نفسه لمنع سقوطه .

- **الجزاء المترتب على اخلال صاحب السفل بإلتزامه** :

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٥٩ مدنى على أنه " فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل ويجوز فى كل حال لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة . مفاده أن صاحب السفل إذا امتنع عن القيام بالترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو كان لصاحب العلو أن يجبر صاحب السفل على ذلك بحكم يستصدره من القضاء وأن توفر شرط الاستعجال استصدر حكما من قاضى الأمور المستعجلة بإجراء الترميمات اللازمة على أن يرجع بالتكاليف على صاحب السفل ، ولصاحب العلو ى حالة حيازته وحده للسفل لإجراء الترميمات أن يحبس هذا السفل حتى يستوفى ما أنفقه فى أصلاحه كما له أن يستصدر حكما بسكنى السفل أو تأجيره استيفاء لحقه ، وإذا تعدد أصحاب السفل كانوا مسئولين بالتضامم فتوزع التكاليف على كل منهم بنسبة حصته فى السفل إذ لا تضامن بينهم إلا إذا وجد اتفاق بسند التمليك على ذلك وحينئذ يكون الرجوع على أى منهم بكل التكاليف . (أنور طلبه ص٦٣٣)

ويجوز لصاحب العلو ، بلا مما تقدم أن يطلب من القاضى أن يأمر ببيع السفل لمن يشتريه ويرممه فيمنع بذلك سقوط العلو ، والقاضى يجيب صاحب العلو إلى ما يطلب من ذلك إذا وجد مبرراً لإجابة الطلب ، وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨٥٩ مدنى فى صدرها صراحة على ذلك ، إذ تقول فإذا امتنع (صاحب السفل) عن القيام بهذه الترميمات جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل . (السنهورى ص٦٤٦)

فالقاضى إذن بالخيار بين أن يأمر بتنفيذ الترميمات على نفقة صاحب السفل أو يأمر ببيع السفل ، حسب ما يقدر من واقع الظروف ومن المواظنة بين قيمة الترميمات وقيمة السفل . (حسن كيرة ٢٥٨)

- **جواز تخلى صاحب السفل عن التزامه** :

أن التزام صاحب السفل بترميم سفله منعاً لسقوط العلو التزام عينى ، فيستطيع التخلص منه إذا هو تخلى عن ملكية السفل . (السنهورى)

أى أن لصاحب السفل أن يتخلص من النفقات بتخليه عن السفل وحينئذ يتملكه صاحب العلو ويلتزم بإجراء الترميمات اللازمة ويجب تسجيل سند التخلى لتنتقل الملكية إليه . (أنور طلبه)

*وتنص المادة ٨٦٠ مدني على أن " إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله فإذا امتنع جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه .*

*وفى الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته ، ويجوز له أيضا أن يحصل على إذن فى إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه " .*

- **التزام صاحب السفل بإعادة بناء السفل إذا تهدم** :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٨٦٠ مدنى قد نصت على أنه " إذا تهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله فإذا امتنع جاز للقاضى أن ..... إلخ " فإذا انهدم البناء سواء كان الإنهدام بخطأ صاحب السفل أو بغير خطأه . كان على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله لأن لصاحب العلو حق القرار عليه ، فيعيد صاحب العلو بناء علوه مستقراً على السفل ، بعد أن أعاد صاحبه بناءه على ما قدمنا ، ثم إذا كان هدم البناء بخطأ السفل ، وجب على هذا الأخير تعويض صاحب العلو عن الضرر الذى يصيبه من جراء هدم علوه ثم إعادة بنائه . والمفروض طبعاً أن البناء يكون قد وقع بعلوه وسفله ، بن يكون السفل قد انهدم فترتب على انهدامه انهدام

العلو ، أما إذا انهدم العلو وحده فلا شأن لصاحب السفل فى انهدام العلو ، ويرجع صاحب العلو على من يكون قد تسبب فى الانهدام . وإذا كان السفل آيلا للسقوط دون أن ينهدم ، فلصاحب العلو أن يستصدر من السلطة الإدارية المختصة أمراً بهدم السفل ، ثم بطلب بإعادة بنائه على الوجه الذى قدمناه . (السنهورى ص٩٤٨ – محمد على عرفه ص٤٨٤ – اسماعيل غانم ص٣٧١)

ولكن إذا كان الالتهدم بسبب صحب العلو لصاحب السفل الرجوع عليه بالتعويض ولا يكون ملزماً إعادة بناء السفل ولكنه إذا بناءه فعلا رجع لصاحب العلو حقه فى القرار على السفل بعد أن يكون قد دفع التعويض لصاحب السفل ومن ثم يجوز له أن يبنى علوه من جديد مستقراً على السفل .

مفاد ما تقدم أنه " إذا انهدم السفل والعلو بخطأ من صاحب العلو ، فلصاحب السفل الرجوع عليه بالتعويض ولا يكون ملزما بإعادة بناء السفل ، أما أن أعادة بناءه فيكون لصاحب العلو اقامة علوه ، وأن كان التهدم بخطا صاحب السفل رجع عليه صاحب العلو بالتعويض وفقا لأحكام المسئولية التقصيرية . (أنور طلبه ص٦٣٥)

- **الجزاء المترتب على اخلال صاحب السفل بالتزامه بإعادة البناء المنهدم** :

وإذا امتنع صاحب السفل عن إعادة بنائه فى الأحوال التى يجب عليه فيها ذلك ، جاز لصاحب العلو إجباره على إعادة البناء ، ويكون ذلك بان يختار صاحب العلو أحد أمرين ، فإما أن يطلب من القاضى أن يأمر ببيع السفل على صاحبه ، ويكون ثمنه من حق صاحب السفل ، وعلى المشترى أن يعيد هو بناء السفل فإنه لم يشتره وهو منهدم إلا على هذا الشرط ، أو أن يطلب صاحب العلو من القاضى أن يأذن له فى أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه ، فإذا أعاد بناءه رجع بما نفقه على صاحب السفل ويكون له لاستيفاء حقه أن يحبس السفل فى يده . و يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدى إليه ما فى ذمته ، وأن يحصل كذلك على إذن من القاضى فى ايجار السفل وسكناه ( م ٢/٨٦٠) .

- **جواز تخلى صاحب السفل عن التزامه بإعادة البناء المنهدم** :

ولصاحب السفل على أى حال ، والتزاماته هذه عينية أن يتخلص منها وفقا للقواعد العامة بالتخلى عن ملكية طبقته أو شقته ، وهو ما يتضمن كذلك التخلى عن نصيبه الشائع فى الأجزاء المشتركة ، فالحرمان من التخلى المنصوص عليهفى المادة ٨٥٨ حكم استثنائى قاصر على التخلى عن النصيب الشائع فى الأجزاء المشتركة وللتخلص من الاشتراك فى تكاليف حفظ هذه الأجزاء وصيانتها وإدارتها وتجديدها ،

فلا ينصرف إلى التزامات صاحب السفل وهو مبنية على ملكيته المفرزة . (حسن كيرة ص٢٥٩ ، فى هذا المعنى محمد على عرفه ص٣٦٠ ، عبد المنعم البدراوى ص١٤٨ )

*وتنص المادة ٨٦١ مدني على أن " لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل ".*

- **التزامات صاحب العلو** :

يجب أن يلتزم صاحب العلو ألا يأتى عملاً يزيد فى عبء السفل ، فلا يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل ، وعليه صيانة علوه من بلاط وألواح حتى لا يتأثر سقف السفل من الأهمال فى الصيانى خاصة أن صيانة سقف السفل يلتزم بها صاحب السفل .

وقد نصت المادة ٨٦١ من القانون المدنى على أنه " لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل " مفاد ذلك ، أنه لا يجوز لصاحب العلو أن يبنى طابقاً فوق علوه ، إذا نجم عن ذلك ضرر لصاحب السفل ، ولما كان العلة مملوكا ملكية مفرزة لصاحبه كما سبق القول ، فيملك هذا الحيطان الرئيسية والسقف والسطح وغير ذلك من أجزاء العلو إنه يحق له أن يبنى فوق سطحه طابقاً جديداً بالعلو الذى يختاره مع مراعاة أمرين : أولهما : أن يكون العبء من بناء التطابق الجديد لا يضر بالسفل وأن تتحمله أساسات البناء ، وثانيهما : ألا يكون فى بنائه للطابق الجديد مخالفة للوائح البناء ونظمه . كما أنه لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع علوه – دون أن يبنى طابقا جديدا – إذا كانت الزيادة فى الارتفاع تضر بالسفل ، فإن لم تكن تضر به ، وتتحملها أساسات البناء ، وتتفق مع لوائح البناء ، ونظمه ، جاز له ذلك . ويجب فوق ذلك ، على صاحب العلة صيانة أرضية علوه من بلاط وألواح ، حتى لا يتأثر سقف السفل من الإهمال فى هذه الصيانة ، وكانت المادة ٥٧/٣٦ من التقنين المدنى ، تنص صراحة على ذلك إذ تقول ...." وعلى مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته من بلاط وألواح ، وعليه أيضا إجراء ما يلزم لصاينة السلم من ابتداء الموضع الذى لا ينتفع به صاحب الطبقة السفلى ، أما صيانة قاعدة أرضية العلو ، وهو سقف السفل ، فعلى السفل ، وتنص على ذلك صراحة نفس المادة ٥٧/٣٦ ، إذ تقول " على مالك الطبقة السفلة إجراء ما يلزم لصيانة السقفلا والأخشاب الحاملة له ، إذ أنها تعتبر ملكاً له " (راجع فى كل ما سبق السنهورى ، مرجع سابق) .

# حكـــم الأراضـــي غيـــر المزروعـــة

# التي لا مـــالك لهـــا

## حكم الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها

تنص المادة ٨٧٤ من القانون المدني على أن " ١- الأراضي غير المملوكة التي لا مالك لها تكون ملكا للدولة .

٢- ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح .

٣- إلا أنه إذا زرع مصري أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة ، ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك " .

- **حكم الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها** :

لقد نصت المادة ٨٧٤ من القانون المدني على أن " ١- الأراضي غير المملوكة التي لا مالك لها تكون ملكا للدولة . ٢- ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح . ٣- إلا أنه إذا زرع مصري أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة ، ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك " . ولكن بصدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن تنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها ألغى الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني. حيث نصت المادة ٨٦ منه على أن " تلغى الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدني....".

وعلى ذلك تعتبر الفقرة الثالثة والأخيرة من النص سالف الذكر ملغاة ، ولا يبقى من النص قائما إلا الفقرتان الأوليان . وقد رسم القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٤ ومن قبله القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ طريقة تملك الأراضي الصحراوية. (الأراضي المزروعة)

- **والمقصود بالأراضي غير المزروعة التى لا مالك لها** :

كانت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ قبل إلغائها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ تنص على تملك المصري الذي يعمر أرضا غير مزروعة تلك الأرض في الحال ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " والمقرر في قضاء محكمة النقض أن الأراضي الداخلة في زمام البلاد تخرج عن نطاق الأراضي غير المزروعة التي كان يجوز لكل مصري طبقا للفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدني قبل إلغائها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، الاستيلاء عليها وتملك ما يزرعه أو يغرسه أو يبني عليه منها ، وبالتالي فلا يرد عليها التملك بالاستيلاء أيا كانت وسيلته " (نقض ١٩٨٦/١/٢٢ طعن ١٢٧٩ س٥٢ق) وبأنه " الأراضي الداخلة في زمام البلاد تخرج عن نطاق الأراضي غير المزروعة التي كان يجوز تملكها بالاستيلاء طبقا للمادة ٨٧٤ مدني وبالتالي فلا يرد عليها التملك بالاستيلاء سواء كانت وسيلته هى الترخيص أو التعمير " (نقض ١٩٦٩/٢/٢٥ طعن ٩٣ س٣٥ق) وبأنه " جرى قضاء محكمة النقض بأن الأراضي الداخلة في زمام البلاد تخرج عن نطاق الأراضي غير المزروعة التي يجوز تملكها بالاستيلاء طبقا للمادة ٥٧ من القانون الملغي والمادة ٨٠ من القانون المدني المختلط المقابلتين للمادة ٨٧٤ من التقنين القائم وبالتالي فلا يرد عليها التملك بالاستيلاء سواء كانت وسيلته هى الترخيص أو التعمير" (نقض ١٩٦٧/١/٢٦ طعن ٣٤٢ س٣٢ق)

- **تنظيم تملك الأراضي غير المزروعة في ظل التقنين المدني الحالي (المادة ٨٧٤)** :

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٧٤ مدني على أنه " ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح " ، وتنص الفقرة الثالثة منها – قبل إلغائها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ – على أنه " إلا أنه إذا زرع مصري أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمسة العشرة سنة التالية للتملك .

يتبين من هذا النص أن هناك وسيلتان للاستيلاء على المال المباح هما : ١- الترخيص من الدولة وفقا للوائح ، ٢- التعمير .

(١) **الترخيص الصادر من الدولة وفقاً للوائح** : فقد رأينا أن المادة ٢/٨٧٤ مدني قد نصت على أنه " لا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح " . مفاده أن لا يجوز تملك الأراضي غير المزروعة إلا بترخيص من الدولة ويجب أن يكون هذا الترخيص طبقا للوائح المقررة وهنا يجب الرجوع الى القوانين والأوامر الصادرة في هذا الشأن ، وقد كان عند صدور التقنين المدني الجديد كان تملك الأراضي الصحراوية خاضعا لنظام الترخيص طبقا للأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ ، الذي مد العمل بأحكامه بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ ، ولما صدر التقنين المدني الجديد ، نشب خلاف فيما إذا كانت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من هذا التقنين جعلت الترخيص المقرر بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ غير ضروري فيجوز للأفراد وضع اليد على الأراضي الصحراوية لتعميرها دون حاجة الى ترخيص من الدولة كما يقضي صريح نص المادة ٣/٨٧٤ مدني ، أو أن الترخيص بقى ضروريا طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ حتى بعد صدور التقنين المدني الجديد ، وبقى الخلاف قائما الى أن صدور القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، فقررت مذكرته الإيضاحية أن الترخيص بقى ضروريا بالرغم من صدور التقنين المدني الجديد ، ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فنظم هذه المسألة تنظيمات تشريعيا في المادة ٧٥ منه ، وقبل صدور الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ كان قد صدر أمر عال في ٢١ مايو ١٨٦٧ يمنح العربات في بعض الجهات الحق في استغلال الأراضي الصحراوية بزراعتها في الشتاء على مياه الأمطار ، مع تحريم التصرف عليهم في هذه الأراضي بالبيع أو الرهن أو النزول عن حق انتفاعهم لغيرهم إلا إذا كانوا قد امتلكوا هذه الأراضي بمقتضى حجج رسمية (انظر استئناف وطني ٣ ديسمبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٨٧ ص١١١ – استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٧ ص٩٩٣ – الإسكندرية الوطنية ١٥ يونيو سنة ١٩١٨ – الحقوق ٣٥ ص٧٦ – ٢٣ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة

الرسمية ٢٥ رقم ٥٩ ص١٠٣ – ٢٠ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٨٤ ص١٩٦ – وانظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٢ ص٣٩ – ٤٠) ثم صدر بعد ذلك أمر عال في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ يجعل تملك الأراضي الصحراوية موقوفا على إتمام إجراءات معينة ، وقد أخرج هذا الأمر العالي من نطاق التملك بالطريقة التي رسمها أراضي الجزائر وشاطئ النيل وشواطئ الترع والأراضي الحرة الناتجة من زيادة المساحة وليس عليها أموال مقررة وسائر الأراضي الداخلة ضمن زمام البلاد ، وقسم الأراضي الصحراوية بعد ذلك الى ثلاث درجات " (أ) الأراضي غير المزروعة التي لا يترتب على استغلالها صعوبات أو مصروفات جسيمة ولا يجوز أن يعطى للفرد الواحد من هذه الأرض أكثر من ١٥٠٠ فدان . (ب) الأراضي المالحة والأراضي المستنقعة التي يقتضي إعدادها للزراعة مصروفات كثيرة . (جـ) الأراضي المعروفة بالبراري التي يترتب على استغلالها مصروفات باهظة ، فضلا عن التكاليف التي يقتضيها إنشاء المصارف والجسور وغير ذلك ، فأراضي الدرجة الأولى تعفى من الأموال مدة لا تجاوز ثلاث سنوات ، وأراضي الدرجة الثانية تع فى مدة لا تجاوز ست سنوات ، وأراضي الدرجة الثالثة تعفى مدة لا تجاوز عشر سنوات ، ويجرى تملك الأرض للطال باستيفاء الإجراءات الآتية : (١) يقدم طلب مكتوب الى رياسة مجلس النظار ، مبينا فيه اسم الحوض الكائن له الأرض المطلوبة والمقدار المطلوب الاستيلاء عليه لتعميره ، وتعطى الأولوية للأسبق من الطلبات ، فإن قدم طلبات في آن واحد أعطيت الأولوية للأقرب من جهة الأطيان ، فإن تساويا في القرب يقرع بينهما ، أما الأطيان المتوطن فيها عربان ، فتعطى لهم بالأولوية متى طلبوها . (٢) يعين مندوب من مصلحة المساحة لمسح الأرض وتحديدها وتقديم تقرير بذلك لمجلس النظار . (٣) يصدق مجلس النظار على الطلب . (٤) تحرر حجة مشتملة على شروط التمليك . (٥) تسلم الأرض للطالب بمعرة مندوب المديرية (انظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٢ ص٣٧ – ٣٩) والذي يستخلص مما تقدم أن الأمر العالي الصادر في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ إنما ينظم تمليك الأراضي الصحراوية للأفراد عن طريق الترخيص لهم في الاستيلاء عليها ، فيتملكونها لا بالشراء لأنهم لا يدفعون ثما (وإنما يدفعون رسما في مقابل مسح الأرض وتحديدها)

ولكن بالاستيلاء المرخص فيه من الحكومة ، وذلك بقصد تعمير هذه الأراضي ، ولذلك أعفيت الأراضي كما رأينا من الأموال الأميرية لمدد متفاوتة بحسب درجة الأرض ، حتى إذا تم تعميرها في خلال هذه المدة فرضت عليها بتحرير الحجة وتسليم الأرض للطالب ، ولو كان التمليك بطريق الشراء لكان يكفي تقابل الإيجاب والقبول ، أى تقديم الطلب وتصديق مجلس النظار عليه ، وذلك قبل تحرير الحجة وتسليم الأرض . انظر في الطالب لا يحق له التمسك بقرار مجلس النظار الذي هو عمل داخلي للحكومة يجوز العدول عنه وسحبه ، مادام هذا القرار لم يعقبه تحرير الحجة وتسليم الأرض (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص٩٧ – ٢٨ فبراير سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٤٠ – ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٤٢٤ – ٦ مايو سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٣٧٣ – ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ م٢٨ ص٥٦ – ١٩ يناير ١٩٣٢ م٤٤ ص١٢٣ – الإسكندرية الابتدائية المختلطة ٣ أبريل سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ١٠٥ ص٣٠٨ – العطارين ١٤ مارس سنة ١٩١٨ الشرائع ٥ رقن ٨٦ ص٣٨٠ – وقارن مصر الابتدائية الوطنية ٢٩ أغسطس سنة ١٩٠٣ القوق ١٨ ص٢٦٩) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الترخيص هنا تصرف قانوني يجب شهره لكونه من التصرفات الناقلة للملكية ، وفقا للمادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري (عبد المنعم البدراوي فقرة ٣٧٨ – إسماعيل غانم ص٥٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٧ ص٣٥٩) ويبقى الأمر العالي الصادر في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ معمولا به إلى أن صدر الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ المشار في صدر هذه الحاشية ، وقد مد العمل بهذا الأمر العسكري كما قدمنا بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ ، ثم صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، وصدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ثم القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ .

(٢) **الاستيلاء على الأرض بطريق التعمير** : فقد الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني على أنه " إلا أنه إذا زرع مصري أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة ، ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال في خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة سنة التالية للتمليك " . أى أنه يجوز الاستيلاء على الأراضي غير المزروعة ولو بغير

ترخيص من الدولة وذلك بأن يقوم المستولى بتعمير الأرض سواء بزرعها أو غرسها أو البناء عليها ، وليس من الضروري أن يصل في هذه الأمور الى نهايتها ، بل يكفي في زراعة الأرض أن يجعل منها مرعى ، وفي البناء عليها أن يسورها وينصب فيها خياما متنقلة فالتسوير وحده لا يكفي ، ولكن يشترط أن يكون التعمير تعميرا جديا من شأنه أن يحيى الأرض ، وأن يدل على نية صاحبه من أنه أخذ في أسباب استغلالها والمضى في هذا السبيل ، ويتم التعمير من وقت التعمير ويقول النص في هذا المعنى: " ..... تملك في الحال .... ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة سنة التالية للتمليك " ، وتكييف ذلك من الناحية القانونية أن المستصلح يملك في الحال الأرض التي استصلحها ، ولكن ملكيته تكون معلقة على شرط فاسخ هو ألا ينقطع عن التعمير في خلال الخمس العشرة سنة التالية للتملك خمس سنوات متوالية ، فهو أولاً يملك في الحال الأرض المستصلحة ، أى يملكها بمجرد استصلاحها ، ولا يتوقف ذلك على قيد في المكلفة ، ولا يتوقف على تسجيل إذ التسجيل لا يكون إلا في التصرفات ، والتملك هنا قد أصبح مالكا للأرض بل بواقعة مادية هى واقعة التعمير ، ومادام المستصلح قد أصبح مالكا للأرض بمجرد التعمير ، فهو كلل مالك يستطيع أن يتصرف فيها بالبيع والهبة والرهن وغير ذلك من التصرفات ، ولا ينتظر انقضاء الخمس العشرة سنة لأنه أصبح مالكا قبل أن يبدأ سريان هذه المدة كما قدمنا ، بل إن سريان المدة لا يبدأ إلا من وقت تملكه ، ويستطيع المستصلح أن يؤجر الأرض المستصلحة ، وأن يعطيها لغيره مزارعة ، ويجوز له أن يوصى بها ، وهى تورث عنه حتى قبل انقضاء الخمس العشرة سنة ، وسواء انتقلت ملكية الأرض المستصلحة الى خلف خاص كمشتر أو الى خلق عام كوارث ، فإنها تنتقل كما كانت وهى في ذمة المستصلح ، أى تنتقل معلقة على شرط فاسخ هو ألا ينقطع الخلف عن تعميرها خمس سنوات متواليات في خلال الخمس العشرة سنة التي تسري من وقت تعمير السلف للأرض ، وتحسب المدة التي انقطع فيها السلف عن التعمير كما تحسب المدة التي انقضت من الخمس العشرة سنة والأرض في ملك السلف . (السنهوري ص٥٨ ، محمد عرفة ص٤١)

**وقـد قضت محكمـة الـنقض بـأن** " قبل صدور القانونين رقمى ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن تنظيم تملك الأراضي الصحراوية تعتبر الأراضي غير المزروعة التي ذكرتها المادة ٥٧ من التقنين المدني القديم المقابلة للمادة ٨٧٤ من القانون المدني الحالي كل أرض غير مزروعة لا تكون مملوكة لأحد من الأفراد ولا تدخل في الأموال لعامة ولا في أموال الدولة الخاصة ، فهى الأراضي الموات التي لا ملك لها كالأراضي المتروكة والصحاري والجبال أى أنها الأراضي التي لا تدخل في زمام المدن والقرى ولم تكن بمنزلة الأراضي الداخلة في الزمام والتي تملكها الدولة ملكية خاصة بل هى أرض مباحة يملكها من يستولى عليها ويعمرها وقبل أن يستولى عليها كانت مملوكة ضعيفة للدولة وهى بهذا الوصف – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أقرب الى السيادة منها الى الملكية الحقيقية وقد أباح الشارع تملك هذه الأرض بإحدى الوسيلتين المنصوص عليها في المادة ٥٧ سالفة البيان المقابلة للفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدني الحالي قبل إلغائها وهما الترخيص من الدولة أو التعمير وطبقا لذلك يملك المعمر الأراضي التي عمرها سواء بالغراس أو البناء عليها أو بأية وسيلة أخرى في الحال فور تعميرها بشرط ألا ينقطع عن استعمالها في خلال الخمسة عشرة سنة التالي للتملك مدة خمسة سنوات متتالية " (جلسة٥/١/١٩٩٢ الطعن رقم ١٨٩٥ لسنة ٦١ق)

وبأنه " قبل صدور القانونين رقمى ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن تنظيم تملك الأراضي الصحراوية تعتبر الأراضي غير المزروعة التي ذكرتها المادة ٥٧ من التقنين المدني القديم المقابلة للمادة ٨٧٤ من القانون المدني الحالي كل أرض غير مزروعة لا تكون مملوكة لأحد من الأفراد ولا تدخل في الأموال العامة ولا في أموال الدولة الخاصة فهى الأراضي الموات التي لا مالك لها كالأراضي المتروكة والصحارى والجبال أى أنها الأراضي التي لا تدخل في زمام المدن والقرى ولم تكن بمنزلة الأراضي الداخلة في الزمام والتي تملكها الدولة ملكية خاصة بل هى أرض مباحة يملكها من يستولى عليها ويعمرها وقبل أن يستولى عليها أحد كانت مملوكة ملكية ضعيفة للدولة بهذا الوصف أقرب الى السيادة منها الى الملكية الحقيقية ، وقد أباح المشرع تملك هذه الأراضي بإحدى الوسيلتين المنصوص عليها في المادة

٥٧ سالفة البيان المقابلة للفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدني الحالي قبل إلغائها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ وهما الترخيص من الدولة أو التعمير وطبقا لذلك يملك المعمر الأرض التي عمرها سواء بالغراس أو البناء عليها أو بأية وسيلة أخرى في الحال فور تعميرها ولكن ملكيته تكون مقامة على شرط فاسخ هو ألا ينقطع عن استعمالها في خلال الخمس عشرة سنة التالية للتمليك مدة خمس سنوات متتالية ، والتملك هنا يتحقق لا بتصرف قانوني بل بواقعة مادية هى واقعة التعمير ، ومادام المعمر قد أصبح مالكا للأرض بمجرد التعمير قله أن يتصرف فيها بالبيع وغير ذلك من التصرفات وسواء انتقلت ملكية الأرض المعمرة الى خلف خاص كمشتري أو الى خلف عام كوارث فإنها تنتقل كما كانت وهى في ملك المستعمر ، ولما كان القانونان رقما ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ليس لهما أثر رجعي لذلك تبقى حقوق الغير الثابتة من الأراضي المذكورة والسابقة على هذيتن القانونين كما هى لا تسمها أحكامها " (جلسة ١٩٨٣/٣/٢٧ الطعن رقم ١٢٧٠ لسنة ٥٢ق س٣٤ ص٧٧٤) وبأنه " نص المشرع في المادة ٥٧ من القانون المدني القديم (المادة ٨٧٤ من القانون المدني الحالي) على " أما الأراضي غير المزروعة المملوكة شركا للميري ، فلا يجوز وضع اليد إلا بإذن الحكومة ، ويكون أخذها بصفة أبعادية طبقا للوائح ، إنما كل من زرع أرضا من الأراضي المذكورة أو بنى عليها أو غرس فيها غرسا يصير مالكا للأرض ملكا تاما ....." ، وبذلك أباح المشرع تملك تلك الأراضي غير المزروعة بإحدى الوسيلتين المبينتين في هذه المادة وهما الترخيص من الدولة والتعمير ، وإذ قيد المشرع الوسيلة الأولى وهى الترخيص من الدولة بالتملك بوجوب مطابقته للوائح ، وكان قد نص في الأمر العالي الصادر في ١٨٨٤/٩/٩ بإخراج أراضي الجزائر والأراضي الداخلة في زمام البلاد من نطاق الأراضي غير المزروعة ، فإن هذا القيد – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – ينصرف أيضا الى التملك بطريق الاستيلاء بالتعمير " (نقض ١٩٦٦/١٢/٦ طعن ٢١٣ س٣٢ق)

وقد أوجب المشرع أن يكون المستولى مصريا حتى لا يتملك أجنبي أرضا مصرية بهذا الطريق السهل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٩٧) وهذا الشرط

مستحدث في التقنين المدني الجديد ولم يكن مطلوبا في التقنين المدني السابق ، فكان يجوز للأجنبي أن يستولى على الأراضي الصحراوية ، وبالإضافة الى الترخيص والتعمير كان هناك وسيلة ثالثة لامتلاك الأراضي غير المزروعة ، وهى التقادم المكسب حيث أن الأراضي غير المزروعة معتبرة جزءا من أملاك الدولة الخاصة لا العامة لأنها ليست مخصصة لمنفعة عمومية ، وعلى ذلك يمكن امتلاكها بوضع اليد عليها المدة القانونية تطبيقا للقواعد العامة وذلك دون إذن مجلس الوزراء (محمد كامل مرسي ص٦١ ، عزمي البكري ص٧٩٤) ولكن بصدور القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ أصبح لا يجوز تملك أموال الدولة الخاصة بالتقادم

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " الأراضي غير المنزرعة التي لا مالك لها تعتبر ملكا للدولة ملكية خاصة (م٥٧ من القانون المدني القديم ، وم٨٧٤ من القانون الحالي) ومن ثم فهى لا تدخل ضمن الأموال العامة إذ أنها ليست مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم ، ويبنى على ذلك أن تلك الأراضي – كغيرها من أموال الدولة الخاصة – كان يخضع لقواعد التقادم المكسب – شأنها في ذلك شأن أموال الأفراد – حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ الذي أضاف للمادة ٩٣٠ من القانون المدني الحالي حكما جديدا يقضي بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أى حق عيني عليها بالتقادم " (الطعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/١١/٨) وبأنه " يعتبر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ منشئا لحكم مستحدث ولا أثر له على ما تم كسب ملكيته بالتقادم من أموال الدولة الخاصة قبل العمل به ، وقد أكدت ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المذكورة بقولها أن ليس له أثر رجعي بالنسبة لما اكتسب فعلا من هذه الأموال بالتقادم قبل صدوره" (الطعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/١١/٨) وبأنه " لا شأن لنصوص الأمر العالي الصادر في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ الخاص بتقرير الشروط التي تعطى بموجبها الأراضي غير المنزرعة – التي تعتبر ملكا للدولة – والمادتين ٨ ، ٥٧ من التقنين المدني الملغي بإمكان تملك هذه الأراضي بالتقادم إذ اقتصرت نصوص الأمر العالي سالف الذكر على بيان الشروط التي تعطى بها الحكومة تلك الأراضي لمن يستصلحونها حتى تنتفع الدولة

بما تفرضه عليها من الضريبة من بعد ، فهى إنما تنظم حالة نقبل ملكية تلك الأراضي من الدولة الى الأفراد بطريق التعاقد ، وأما المادة ٥٧ من القانون المدني القديم التي تنص على أنه لا يجوز وضع اليد على الأراضي الغير منزرعة المملوكة شرعا للميري إلا بإذن الحكومة فإنها لا تعني بوضع اليد سوى وضع اليد المجرد عن المدة والمعروف في اصطلاح القانون بالاستيلاء الذي يترتب عليه التملك الفوري وليس وضع اليد المملك بمضى المدة ، ويؤكد هذا النظر أولا أن المشرع في القانون المدني القديم أورد ضمن أسباب الملكية وضع اليد ، ومضى المدة الطويلة باعتبار كلا منهما سببا مستقلا عن الآخر وأن لكل منهما أحكاما خاصة وقد وردت في المادة ٥٧ سالفة الذكر ضمن أحكام الباب الخاص بالتملك بوضع اليد ، ثانياً أن اقتضاء الحصول على إذن الحكومة في حالة التملك بالتقادم كما يشترط الأمر العالي في وضع اليد إنما يتعارض مع ما يوجبه القانون على من يريد التملك بهذا السبب من أن يظهر بمظهر المالك طوال المدة التي يتطلبها القانون لوضع يده ، ومن ثم فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على توافر الشروط القانونية في وضع يد المطعون عليه وسلفه مما تجعله بذاته سببا للتملك فلا تثريب على الحكم إن لم يستظهر لشروط التي يتطلبها الأمر العالي سالف الذكر أو تتطلبها المادتان ٨ ، ٥٧ من القانون المدني القديم " (الطعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/١١/٨) وبأنه " عدل القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ نص المادة ٩٧ من القانون المدني بأن أضاف إليه حكما جديدا يقضي بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة أو كسب أى حق عيني عليها بالتقادم وقد اقتصر على تعديل هذا النص ولم يتناول المادة ٨٧٤ من القانون المدني التي يتحدث عن الاستيلاء باعتباره سببا مستقلا بذاته لكسب الملكية والتي كانت تجيز الفقرة الثالثة منها لمل مصري أن يتملك بهذا الطريق ما يزرعه أو يغرسه أو يبنى عليه من الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها وذلك بمجرد حصول الزرع أو الغراس أو البناء ودون اشتراط لمضى مدة ما على وضع يده وإنما يفقد هذه الملكية بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمسة عشرة سنة التالية للتملك . أما القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ فقد اقتصر على خطر التعدي على

الأراضي التي منع القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ تملكها بالتقادم وتحويل الجهة الإدارية صاحبة الشأن حق إزالة هذا التعدي بالطريق الإداري ، ومن ثم فلا يكون التعديل الذي أدخل بالقانونين المذكورين على المادة ٩٧٠ الواردة ضمن النصوص الخاصة بالتقادم المكسب أثر على نص المادة ٨٧٤ من القانون المدني لاختلاف سبب كسب الملكية في كل منهما" (الطعن رقم ٩٣ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٦٩/٢/٢٠)

- **تنظيم تملك الأراضي غير المنزوعة فى ظل القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم تملك الأراضى الصحراوية** :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٨٧٤ مدني تنص على ما يأتى :"ولا يجوز تملك هذه الأراضى (الأراضى الصحراوية) أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح". وقد صدر فعلا القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ينظم تملك الأراضى الصحراوية. وقد سبق أن عرضنا لهذا القانون فى صدد الكلام فى القيود التى ترد على الحق فى التملك، ونعرض له هنا فى إيجاز باعتبار أنه كان قانونا ينظم حق الأفراد فى تملك الأراضى الصحراوية، وقد بدأ فى مادته الأولى بأن يحظر على أى شخص أن يتملك بأى طريق كان، عدا الميراث، عقارا كائنا بإحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام، وهذه هى بوجه عام الأراضى الصحراوية. ثم أتى ذلك باستثنائين. أجاز في الاستثناء الأول منهما لوزير الحربية أن يحدد بقرار منه مناطق معينة لا يشملها الحظر، فيجوز للأفراد أن يتملكوا الأراضى الصحراوية الداخلة في هذه المناطق، ويبدو أنه كان يجوز للأفراد، بالنسبة إلى هذه الأراضى التى استثنيت نمن الحظر، أن يتملكونها بالاستيلاء عن طريق التعمير طبقا لأحكام الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى التى لم تكن قد ألغيت بعد، والاستثناء الثانى خاص بالمناطق التى لم يستثن من الحظر، فيجوز لوزير الحربية حتى فى هذه المناطق الترخيص للأفراد في تملك الأراضى، وتقضى المادة الثالثة من القانون بأن يعتبر باطلا كل تصرف يقع مخالفا لهذه الأحكام، ولم يكن للقانون أثر رجعى، فبقى الملاك السابقون متحفظين بحقوقهم المكتسبة. (السنهورى ص ٤٨)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** "مؤدى نص المادة الخامسة من القانون ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ في شأن تملك الأراضى الصحراوية أن الملكية والحقوق العينية الأخرى التى تستند إلى عقود مسجلة أو أحكام سابقة على نفاذه فى ١٩٥٨/٨/٢٤ تظل قائمة...إلخ" (طعن رقم ٢٤٢ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨٢/١/٢٦)

- **تنظيم تملك الأراضى الصحراوية في ظل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأخير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها** :

صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ يلغى القانون السابق، ويحل محله، ويقضى بأن تكون الأراضى الصحراوية كلها ملكا خاصا للدولة، ولا يجوز لأحد تملكها بالاستيلاء، وإنما يتملكها الأفراد لاستصلاحها في المناطق التى يكون محققا إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه، بطريق الشراء ممارسة من الدولة. (السنهورى ص٥٠)

وقد قسم قانون سنة ١٩٦٤ الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة أقساما ثلاثة : ١- الأراضى الزراعية وهى الأراضى الواقعة داخل الزمام والأراضى المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلو مترين التى تكون مزروعة بالفعل وكذلك أراضى طرح النهر وهى الأراضى الواقعة بين جسرى نهر النيل وفرعيه التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها وللجزائر التى تتكون فى مجراه. ٢- الأراضى البور. وهى الأراضى غير المزروعة الواقعة داخل الزمام والأراضى المتاخمة الممتدة خارج الزمام إلى مسافة كيلو مترين. ٣- الأراضى الصحراوية وهى الأراضى الواقعة في المناطق المعتبرة خارج الزمام بعد -مسافة الكيلو مترين المشار إليهما فى البندين السابقين سواء أكانت مزروعة بالفعل أو غير مزروعة أو كانت مشغولة بمبان أو منشآت ثابتة أو غير ثابتة.

وطبقا لنص المادة ٢٢ من القانون سالف الذكر يتم تحديد ملكيات الأراضى الصحراوية غير المستصلحة بقرار من وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى، بعد أخد رأى وزير الأشغال، المناطق التى يجوز أن تباع فيها الأراضى البور والأراضى الصحراوية غير المزروعة لاستصلاحها، وذلك بعد التحقق من إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه".

فالمناطق التى تباع فيها الأراضى الصحراوية غير المزروعة لاستصلاحها يتوخى في تحديدها إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه، والأراضى الداخلة في هذه المناطق هى مجال تطبيق قانون سنة ١٩٦٤ .

فالدولة لا تقدم على بيع الأراضى البور والصحراوية إلا إذا تأكدت أنها قابلة للإستصلاح وأن لها موردا من المياه يمكن أن به. لأنه لا جدوى من القيام بإستصلاح في حالة عدم وجود مثل هذا المورد أو عدم كفايته، ومن ثم لو صدر قرار وزارى بتحديد منطقة معينة ويبعث لاستصلاحها ثم ثبت على الطبيعة أنها غير قابلة للإستصلاح أو أنه ليس لها مورد رى كافيه فإن البيع يكون قابلا للإبطال لمصلحة المشترى إذ يكون قد وقع في غلط جوهرى. (أحمد سلامه ص ٨١ )

ويتم التصرف فى هذه الأراضى بطريق المزاد العلنى على ألا تتجاوز ملكية المشتى هو وزوجته وأولاده القصر المائة فدان من الأراضى الزراعية. وما فى حكمها من الأراضى البور والصحراوية. وتحدد اللائحة التنفيذية الشروط الواجب توافرها في المتصرف إليهم والمساحة التى يجوز التصرف فيها إلى كل منهم وقواعد تقدير الثمن وحده سداده وفوائده وسائر أحكام البيع الأخرى والشروط والأوضاع التى يتم فيها التزايد (م٢٣ مستبدلة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٩ )

ويلزم المشترى بإستصلاح الأرض التى يرسو مزاد شرائها عليه وزراعتها خلال المواعيد التى تحددها اللائحة التنفيذية، ويشترط في المشترى أن يكون مصرى الجنسية، حتى لا يتملك أجنبى أرضا مصرية. وتكون الأولوية في توزيع الأراضي الصحراوية المستصلحة وفقا لحكم المادة ٣٠ علي الترتيب الآتى : أولا : لمن أضير في مورد رزقه بسبب أعمال الاستصلاح من المقيمين في منطقتها. ثانيا : ما يتبقى من الأراضى المستصلحة بعد ذلك يخصص نصفه للتوزيع علي أهل المناطق المزدحمة بالسكان التى يصدر بتحديدها قرار من وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى–وذلك وفقا للترتيب الآتى: (أ) خريجى المعاهد الزراعية وعمال الترحيل الذين عملوا بصفة دائمة في استصلاح الأرض محل التوزيع وتعميرها واستزراعها. (ب) جنود القوات المسلحة الذين تم تسريحهم حتى تاريخ التوزيع. (ج) من يقبل الهجرة إلى منطقة الاستصلاح من أهالى المناطق المزدحمة المشار إليها. ثالثا :

النصف الثانى من باقى الأرض المستصلحة– يوزع على الترتيب الآتى : (أ) خريجى المعاهد الزراعية والعمال الزراعيين الذين عملوا في استصلاح الأراضى الموزعة واستزراعها بصفة دائمة من أهل المنطقة محل التوزيع أو من أهل المناطق الأخرى غير المزدحمة. (ب) جنود القوات المسلحة الذين تم تسريحهم حتى تاريخ التوزيع من أهل المناطق غير المزدحمة. (ج) أهل المنطقة الواقعة بها الأرض محل التوزيع والمناطق المجاورة لها. ويفضل من بين أصحاب كل مرتبة من مراتب الأولوية المشار إليها من يكون أكثر عائلة وأقل مالا (م٣١). ولوزير الحربية بعد أخذ رأى وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى أن يحدد بقرار منه المناطق التى يحظر فيها التملك لأغراض عسكرية (م٣٥). وله كذلك اتخاذ إجراءات نزع ملكية الأراضى الصحراوية أو الاستيلاء عليها استيلاء مؤقتا إذا اقتضت ذلك دواعى المحافظة على سلامة الدولة وأمنها القومى الخارجى أو الداخلى وذلك دون إتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ المشار إليه عدا ما يتعلق فيها بتقدير التعويض.

- **ويجوز لشاغلى الأراضى الصحراوية، بالبناء أو بالغراس الذين لا يعتبرون ملاكا فى حكم هذا القانون أن يطلبوا شراء هذه الأراضى أو استئجارها لمدة لا تزيد على تسع سنوات** :

فإذا لم يتقدموا بهذا الطلب خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون أو طلبوا ذلك ورفض طلبهم فيكون للمؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى الحق فى إزالة المبانى والغراس القائم فى الأراضى المشار إليها أو استبقائها واعتبارها مملوكة للدولة" (م٨٠). " ويكون لشاغلى الأراضى الصحراوية بالبناء أو الغراس المنصوص عليهم فى المادة السابقة فى حالة الترخيص لهم فى الشراء أو الاستئجار الأولوية على غيرهم فى ذلك ويجوز لهم طلب تقسيط الثمن فى حالة البيع –وفقا للشروط والأوضاع التى تبنيها اللائحة التنفيذية"(م٨١) وإذا لم يتقدم الشاغل بطلب شراء الأرض التى قام بتعميرها فى الميعاد المحدد، أو تقدم بالطلب ولكنه رفض، كان للمؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى الحق فى إزالة المبانى والغراس القائم فى الأرض، أو استبقائها واعتبارها مملوكة للدولة.

- **حقوق الغير فى الأراضى الصحراوية السابقة على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤**:

ولما كان القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ليس له أثر رجعى، وليس للقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ كذلك أثر رجعى كما سبق القول، لذلك تبقى حقوق الغير الثابتة فى القوانين، وتأكيدا لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٧١ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ على أن "جميع التصرفات التى تمت قبل العمل بهذا القانون الواردة على عقارات كانت داخلة فى ملكية الدولة الخاصة، تبقى نافذة بذات الشروط والأحكام السارية وقت إقرارها".

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " مؤدى نص المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ فى شأن تملك الأراضى الصحراوية أن الملكية والحقوق العينية الأخرى التى تستند إلى عقود مسجلة أو أحكام سابقة على نفاذه فى ١٩٥٨/٨/٢٤ –وتظل قائمة، وكان مؤدى نص المادة الأولى من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ أن أحكام هذا القانون لا تسرى إلا على العقارات الداخلة فى ملكية الدولة الخاصة عدا ما استثنى فى الفقرات ١ ،٢ ،٣ ،٤ وكان مؤدى من المادة الثانية من ذات القانون أن الأراضى الصحراوية التى تخضع لأحكامه هى الأراضى الواقعة فى المناطق المعتبرة خارج الزمام والمقصود بها وفقا للمذكرة الإيضاحية لهذا القانون الأراضى التى لم تتمسح مساحة تفصيلية ولم يتم حصرها في سجلات المساحة أو فى سجلات المكلفات بمصلحة الأموال المقررة ولا تخضع للضريبة العقارية. (جلسة ١٩٨٢/٢/٢٦ الطعن رقم ٢٤٢ لسنة ٤٣ ق س ٣٣ ص ١٩٢ ). على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ قد نظم هذه الحقوق المكتسبة تنظيما تشريعيا، إذ نصت المادة ٧٥ منع على ما يأتى :"يعتد فى تطبيق أحكام هذا القانون بحقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة على عقارات كائنة فى إحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام في تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه، إلى عقود ثم شهرها أو أحكام نهائية سابقة على هذا التاريخ أو إلى عقود صدرت من الحكومة وتم تنفيذها الشروط الواردة بها ولم تشهر بعد– ويعد مالكا بحكم القانون: (١) كل غارس أو زارع فعلى لحسابه لأرض صحراوية لمدة سنة كاملة علي الأقل سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨

المشار إليه، وذلك بالنسبة إلى ما يقوم بزراعته بالفعل من تلك الأراضى فى تاريخ العمل بهذا القانون، وبما لا يجاوز الملكية العقارية المقررة قانونا، ولا يسرى هذا الحكم على الأراضي التى تزرع جزءا من السنة على مياه الأمطار فقط، فإذا كانت تلك الأراضى تروى من آبار طمست دون تعمد أو تقصير بعد تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه، فيجوز أن يعوض ملاك تلك الأراضى عنها بمساحات مماثلة لها فى مناطق الآبار الجديدة التى تنشئها الدولة. (٢) كل من أتم قبل العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه إقامة بناء مستقر بحيزه ثابت فيه ولا يكون نقله منه، وذلك بالنسبة إلى الأرض المقام عليها البناء والمساحة المناسبة التى تلحق به وتعد مرفقا له بحيث لا تزيد على المساحة المقام عليها البناء ذاته على الأكثر، وذلك بشرط بقاء البناء قائما حتى تاريخ العمل بهذا القانون. (السنهورى ص ٦٤ ).

- **تنظيم تملك الأراضى الصحراوية فى ظل القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ فى شأن الأراضى الصحراوية** :

لقد صدر القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ فى شأن الأراضى الصحراوية ونظم من جديد إدارة واستغلال الأراضى الصحراوية. وقد نص فى المادة ٢٧ منه على أن تلغى الأحكام المتعلقة، بالأراضى الصحراوية بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤فى شأن تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها وعلى أن يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون ومن ثم أصبح القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ (المعدل ) هو المعمول به فى شأن الأراضى الصحراوية.

- **المقصود بالأراضى الصحراوية فى تطبيق أحكام هذا القانون** :

لقد نصت المادة الأولى من هذا القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ على أنه "فى تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالأراضى الصحراوية الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة والواقعة خارج الزمام بعد مسافة كيلو مترين".

- **الجهة المسئولة عن التصرف واستغلال وإدارة الأراضى الصحراوية** :

يكون استصلاح واستزراع الأراضى الصحراوية وكسب ملكيتها والاعتداد بها والتصرف فيها وإدارتها والانتفاع وفقا لأحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له....

وتكون الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية هى جهاز الدولة المسئول عن التصرف واستغلال وإدارة هذه الأراضى فى أغراض الاستصلاح والاستزراع دون غيرها من الأغراض ويعبر عنها فى القانون "بالهيئة".(م٣ منم القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١)

**وقضت محكمة النقض بأن** " إدارة الأراضى الصحراوية والتصرف فيها لأغراض الاستصلاح والاستزراع منوط بالهيئة العامة لمشروعات التعمير، التزام المتصرف إليه فى هذه الأراضى من الهيئة المذكورة سواء البيع أو الإيجار باستصلاحها أو استزراعها طبقا للشروط والأوضاع التى يضعها مجلس إدارة الهيئة وتتضمنها العقود المبرمة فى هذا الشأن حظر استخدام تلك الأراضى فى غير الغرض المخصصة من أجله أو التصرف فيها أو تقرير حق بالنظام العام المواد ٢ ،١٣ ،١٦ ،١٧ ،ق١٤٣ لسنة ١٩٨١ فى شأن الأراضى الصحراوية. (جلسة ١٩٩٦/٣/٣١ الطعن رقم ١٣٥٢ لسنة٦٠ ق ).

- **حظر تعدى أى شخص طبيعى أو معنوى على أى جزء من الأراضى الخاضعة لأحكام هذا القانون** :

حظرت المادة ١٠ على أى شخص طبيعى أو معنوى أن يحوز أو يضع اليد أو يتعدى على أى جزء من الأراضى الخاضعة لأحكام هذا القانون وفيما عدا ما تقوم به القوات المسلحة تنفيذا لخطة الدفاع عن الدولة يحظر إجراء أية أعمال أو إقامة أية منشآت أو غراس أو أشغال بأى وجه من الوجوه إلا بإذن الهيئة.ويقع باطلا كل تصرف أو تقرير لأى حق عينى أصلى أو تبعى أو تأجير أو تمكين بأى صورة من الصور على تلك الأراضى يتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولا يجوز شهره ولكل ذى شأن التمسك بالبطلان أو طلب الحكم به وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها. ويزال وضع اليد المخالف بالطريق الإدارى بقرار من الوزير المختص بناء على طلب رئيس الهيئة المختصة، وبقرار من وزير الدفاع بالنسبة للأراضى التى تشغلها القوات المسلحة كمناطق عسكرية، ويتحمل واضع اليد تكاليف إزالة البناء أو المزروعات أو المغروسات القائمة بالأرض وغيرها من الأعمال المخالفة، وللهيئة أو القوات المسلحة بحسب الأحوال استبقاء ما ترى استبقاءه منها واعتباره ملكا للدولة . (السنهورى ص٥١)

• **الحد الأقصى للملكية فى الأراضى الصحراوية الخاضعة لأحكام هذا القانون** :

لقد حددت المادة ١١ الحد الأقصى للملكية فى الأراضى الصحراوية الخاضعة لأحكام هذا القانون وفقا لما تحققه أساليب وطرق الرى من ترشيد واقتصاد فى استخدام صادر المياه المتاحة، وبما يتفق مع التطورات العلمية فى هذا المجال، وذلك على النحو الآتى : (أ) إذا كان الرى علي المياه الجوفية أو استخدمت فيه الطرق الحديثة كالرش أو التنقيط أو أى أسلوب للرى يعتمد على ضغط المياه يحدد الحد الأقصى للملكية على الوجه الآتى : ١- ٢٠٠ (مائتان) فدان للفرد و ٣٠٠ (ثلاثمائة) فدان للأسرة وتشمل الزوجة والأولاد القصر غير المتزوجين. ٢- ١٠٠٠٠ (عشرة آلاف) فدان للجمعية التعاونية بحد أقصى مقداره ٣٠ (ثلاثون) فدانا للعضو. ٣- ١٠٠٠٠ (عشرة آلاف) فدان لشركات الأشخاص والتوصية بالأسهم بمراعاة ألا يجاوز الحد الأقصى لملكية الفرد ١٥٠ (مائة وخمسين) فدانا. ٤- ٥٠٠٠٠ (خمسون ألف) فدان للشركات المساهمة. (ب) وإذا كان الرى بأسلوب الرى السطحى الذى يتم الاتفاق عليه بين الوزير المختص بالإستصلاح وبين وزير الرى أو بالنسبة للمساحات المجففة من أراضى البحيرات فيكون الحد الأقصى للملكية بما لا يجاوز نصف الحدود القصوى المشار إليها.

وفى جميع الأحوال يجب ألا تقل ملكية المصريين عن ٥١% من رأس مال الشركة، وألا تزيد ملكية الفرد على ٢٠% من رأس مالها، ولا يجوز أن تؤول أراضى الجمعيات التعاونية والشركات عند انقضائها إلى غير المصريين (بعد تعديلها بالقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩١ ) ولا تخضع شركات القطاع العام لأى حد أقصى.

واستثناء من الأحكام المنظمة لملكية الفرد والأسرة فى الأراضى الزراعية وما فى حكمها لا يدخل فى حساب الحد الأقصى للملكية وفقا لأحكام هذا القانون المساحات المملوكة فى غير الأراضى الصحراوية. وفى جميع الأحوال يكون تحديد المساحات الجائز تملكها بقرار من مجلس إدارة الهيئة فى حدود ما تقتضيه طبيعة المشروع وما تسمح به القدرات الفنية والمالية لطالبى التملك.

وتقضى المادة ١٢ بسريان أحكام المادة السابقة على الملكية التامة وملكية الرقبة وحقوق الانتفاع ويعتبر فى حكم التملك فى تطبيق هذا القانون الإيجار الذى تزيد مدته على خمسين سنة.

وفى جميع الأحوال يكون استغلال الأرض عن طريق تأجيرها لمدة ثلاث سنوات فإذا ثبت الجدية فى الاستصلاح خلالها تملك الأرض لمستأجرها بقيمتها قبل الاستصلاح والاستزراع مع خصم القيمة الايجارية المسددة من ثمن الأرض وإذا لم تثبت الجدية اعتبر عقد الإيجار مفسوخا من تلقاء ذاته دون حاجة إلى إجراءات وتسترد الأرض إداريا ممن كان قد استأجرها (م١٣) وتمنح المادة ١٧ لمن سبق أن اشترى أرضا يتوافر لها مصدر رى من هذه الأراضى الخاضعة لأحكام هذا القانون بقصد استصلاحها أو استزراعها مهلة لإتمام ذلك مدتها خمس سنوات من تاريخ توافر مصدر الرى أو ثلاث سنوات من تاريخ العمل بهذا القانون أى المدتين أطول. فإذا لم يقم المشترى بالاستصلاح والاستزراع خلال هذا الأجل اعتبر عقد البيع مفسوخا من تلقاء ذاته دون حاجة إلى إجراء قضائى وتسترد الهيئة الأرض بالطريق الإدارى مع رد ما يكون قد أداه المشترى من ثمن بالإضافة إلى النفقات الضرورية والنافعة وفى حدود ما زاد بسببها فى قيمة الأرض.

- **التصرف فى الأراضى المستصلحة بغير المزاد العلنى** :

لقد أجازت المادة ١٤ لرئيس الهيئة أن يرخص فى التصرف بغير المزاد العلنى فى الأراضى المستصلحة وذلك طبقا للأسس والتيسيرات وأوجه الرعاية والقواعد والإجراءات التى يضعها مجلس إدارة الهيئة فى الحالات التالية بمراعاة منح أولوية لأبناء المحافظة :(أ) المسرحين وأسر الشهداء ومصابى العمليات الحربية. (ب) صغار الزراع. (ج) خريجى الكليات والمعاهد. (د) العاملين بالدولة أو القطاع العام عند تركهم الخدمة أو انتهائها. ويجوز التصرف أو التأجير بغير المزاد العلنى للمشروعات التى تفيد بحسب طبيعتها أو حجمها فى تنمية الاقتصاد القومى وذلك بموافقة مجلس الوزراء بناء على اقتراح مجلس إدارة الهيئة المذكورة (م١٤/٢ من القانون).

ويقوم مجلس إدارة الهيئة بتحديد أثمان الأراضى التى يتم التصرف فيها بالتطبيق لأحكام هذا القانون وذلك بعد استطلاع رأى لجاناللائحة التنفيذية لهذا القانون تشكيلها وأسس العمل بها. وتودع فى صندوق خاص هذه الأثمان وكافة الموارد التى تتقرر لهذه الأراضى.

- **التزامات المتصرف إليه** :

لقد أوجبت المادة ١٦ على المتصرف إليه باستصلاح الأرض المبيعة باستزراعها خلال المواعيد وطبقا للبرامج والشروط والأوضاع التى يحددها مجلس إدارة الهيئة وتتضمنها العقود المبرمة فى هذا الشأن. ويحظر استخدام الأراضى المبيعة فى غير الغرض المخصصة من أجله كما يحظر التصرف فى هذه الأراضى أو جزء منها أو تقرير أى حق عينى أصلى أو تبعى عليها أو تمكين الغير إلا بعد استصلاحها واستزراعها أو موافقة مجلس إدارة الهيئة على التصرف قبل الاستصلاح والاستزراع للأسباب التى يقدرها بعد ضمان حصول الحكم به، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها –وفى حالة مخالفة أحكام هذه المادة يكون لمجلس إدارة الهيئة أن يقرر إزالة أسباب المخالفة إداريا على نفقة المخالف واسترداد الأرض محل المخالفة إذا لم يقم المخالف بإزالتها خلال المدة التى تحددها له الهيئة بكتاب موصى عليه بعلم الوصول .

- **من يعد مالكا لهذه الأراضى فى حكم هذا القانون** :

يعد مالكا للأرض المنصوص عليها فى هذا القانون من استصلح واستزرع أرضا داخله فى خطة الدولة للاستصلاح وغير مخصصة للمشروعات ووفر لها مصدر رى دائم وذلك بالنسبة لما يقوم بزراعته بصفة فعلية ومستمرة ودون التزام الجهات المختصة بالمحافظة على حالة الأرض أو بتوفير مصادر أخرى للرى إذا تبين عدم صلاحيات المصدر الذى وفره المستصلح. (م١٨).

- **تعلق أحكام تملك الأراضى الصحراوية بالنظام العام** :

أحكام جميع القوانين المنظمة لتملك الأرض الصحراوية تعد مما يتعلق بالنظام العام.

**وقد قضت محكمة النقض بأن** : القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم تملك الأراضى الصحراوية والذى عمل به اعتبارا من ١٩٥٨/٨/٢٤ قد نص فى مادته الخامسة على أن الملكية والحقوق التى تستند إلى عقود مسجلة أو أحكام نهائية سابقة على العمل به أو عقود صدرت من الحكومة ولم تسجل إذ كانت شروط العقد قد نفذت تظل قائمة، ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير

العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها وعمل به اعتبارا من ١٩٦٤/٣/٢٣ بعد أن ألغى القانون ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ سالف الذكر – ونص فى مادته الثانية على أن الأراضى الصحراوية الواقعة فى المناطق المعتبرة خارج الزمام مملوكة ملكية خاصة للدولة، ونص فى المادة ٧٥ منه على أن يعتد فى تطبيق أحكام هذا القانون بحقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة بها ولم تشهر بعد ولما كانت أحكام القوانين المتعلقة بتملك الأراضى الصحراوية من النظام العام وتطبق على آثار العقود السارية وقت العمل بها ولو كانت مبرمة قبل ذلك لما استهدفته من تحقيق مصالح عامة ورتب من جزاء العقوبات والبطلان على مخالفة أحكامها فى المواد ١٠ ،٢٣ ،٢٤ ،٢٥ من القانون ١٤٣ لسنة ١٩٨١ إذا كان ذلك وكانت الدعويان محل النزاع المائل موضوعهما صحة ونفاذ عقود عرفية عن أرض صحراوية أبرمت قبل سريان القانونين ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ،و١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، لما كانت تلك العقود غير مسجلة وليست صادرة من الحكومة ومن ثم لا يعتد بها فى نقل ملكية تلك الأراضى عملا بالقانونين ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ،١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بصحة ونفاذ هذه العقود العرفية على سند من اعتبارها ثابتة التاريخ وأنها فى حكم المسجلة وينطبق عليها ما ينطبق على العقود الصادرة من الحكومة لذات المحكمة التشريعية فإنه يكون قد خالف القانون. (نقض ١٩٨٢/٥/٢٠ طعن ٦٢١ س ٤١ ق).

- **يسرى القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات على تأجير وبيع الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة والأراضى الصحراوية :**

**وقد أفتت الجمعية العمومية لمجلس الدولة بأن** : "استظهرت الجمعية العمومية أنه بصدور القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بتنظيم المناقصات والمزايدات والعمل به وما تضمنه من إفصاح جهير عن سريان أحكامه على وحدات الجهاز الإدارى للدولة المحلية والهيئات العامة الخدمية والاقتصادية فقد أصبحت جميع هذه الجهات بما فيها المحافظات خاضعة لأحكامه دون تفرقه بين كونها تنتمى إلى وحدات الجهاز الإدارى للدولة والإدارة المحلية التى تسرى عليها الأنظمة الحكومية أو تتدرج فى عداد الهيئات العامة الخدمية والاقتصادية فقد أصبحت جميع هذه الجهات بما فيها

المحافظات خاضعة لأحكامه دون تفرقه بين كونها تنتمى إلى وحدات الجهاز الإدارى للدولة والإدارة المحلية التى تسرى عليها الأنظمة الحكومية أو تندرج فى عداد الهيئات العامة التى تنظمها قوانين ولوائح خاصة وهذا النهج الذى سلكه المشرع يغاير نهج قانون المناقصات والمزايدات السابق رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الذى كان يقضى بسريان أحكامه على بعض الجهات فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى القوانين أو القرارات المتعلقة بإنشائها وتنظيمها وإذ عمد المشرع إلى إلغاء ذلك القانون بموجب القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المشار إليه وأخضع جميع الجهات المنصوص عليها فى المادة الأولى من مواد إصداره لأحكامه بصفة مطلقة دون أن يقيد ذلك بما قد يرد من نصوص فى القوانين والقرارات المنشئة أو المنظمة لها فإنه لا مناص من القول بخضوع هذه الجهات لأحكامه فيما نظمه من وسائل لإبرام العقود أيا كانت طبيعتها القانونية وإنه لما كان قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ قد أفرد بابا مستقلا نظم فيه السبل الواجب ولوجها لبيع وتأجير العقارات والمنقولات والمشروعات والترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات فإنه قد نسخ ما قبله من قوانين أو لوائح كانت سارية فى شأن ما تناوله بالتنظيم بما مؤداه تقيد جميع الجهات الخاضعة لأحكامه فى تصرفاتها تلك بالإجراءات المنصوص عليها فيه فإذا ولت وجهها عن هذه الإجراءات كان تصرفها مخالفا للقانون. أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم وتأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها أضحت منسوخة بما تضمنته أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات من تنظيم متكامل لبيع وتأجير العقارات المملوكة للدولة أو الهيئات العامة أو الترخيص بالانتفاع أو باستغلال هذه العقارات بحيث يتعين على كافة الجهات الإدارية بما فيها الهيئات العامة التقيد بهذه الأحكام والإجراءات عند التصرف فى العقارات المشار إليها. مشروع العقد الذى عرض على هيئة اللجنة الثالثة لقسم الفتوى – فى الحالة المعروضة –يتعلق ببيع قطعة أرض فضاء ومبنى مملوكين للهيئة الزراعية المصرية ومركز البحوث الزراعية(وحدة الخدمات البستانية) بطريق الاتفاق المباشر إلى الشركة المصرية لإنتاج وتسويق وتصدير الحاصلات الزراعية رغم أن قيمة الأرض والمبنى تقدر بملايين الجنيهات وذلك بالمخالفة

لأحكام قانون المناقصات المزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والذى اتخذت الإجراءات فى ظل العمل بأحكامه، ومن ثم فإن ما انتهت إليه هيئة اللجنة من عدم جواز إبرام العقد لمخالفة الإجراءات السابقة عليه للقانون المشار إليه يتفق وصحيح حكم القانون، وقد كان يتعين على الجهات الإدارية أطرافه أن تتوقف عند هذا الحد. وتعيد تصحيح الأوضاع بيد أنها استمرت فى استكمال الإجراءات وقامت بتوقيع العقد وتحصيل قسطين من أقساطه بغرض فرض الأمر الواقع متجاهلة أن ذلك ليس من شأنه أن يضفى المشروعية على ما وقع من أخطاء أو يحول دون محاسبة المسئولين تأديبيا عن ذلك كما أنه لا يغل يد اللجنة عن مراجعة العقد بحسبان أنه تضمن نصا بقبول طرفيه ما تدخله جهة الفتوى على العقد من تعديلات فضلا عن عرضه عليها فى صورة مشروع قبل التوقيع عليه. وبمراعاة أن هذه المراجعة لا تضفى على إجراءات وبنود العقد الشرعية والصحة إذا كانت قد فقدتها ولا تطهره من المخالفات التى شابت إبرامه وإنما تكشف عنها وتضعها تحت بصر الجهة الإدارية وبما يستوجبه ذلك منها من إعادة النظر فى العقد بالتحلل منه كله أو بعضه فى ضوء ما أسفرت عنه هذه المراجعة". (فتوى رقم ٥٠ بتاريخ ٢٠٠٢/١/٢٢ ملف ٣٨٢/١/٥٤ جلسة ٢٠٠١/٩/٦ )

## بيـــع أمـــوال التركـــة

تنص المادة ٨٨٣ من القانون المدني على أن " لا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى أن يتخذ الدائنون أى إجراء على التركة، كما لا يجوز لهم أن يستمروا فى أى إجراء اتخذوه إلا فى مواجهة المصفى.

وكل توزيع فتح ضد المورث ولم تقفل قائمته النهائية، يجب وقفه حتى تتم تسوية جميع ديون التركة متى طلب ذلك أحد ذوى الشأن ".

- **لا يجوز للدائنين اتخاذ أى إجراء على التركة من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى** :

لا يجوز لدائنى التركة من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى أن يتخذوا أى إجراء فردى على أحوال التركة،فقد بدأت الصفة الجماعية للتصفية من وقت قيد هذا الأمر كما قدمنا، فيجب أن تكون إجراءات دائنى التركة إجراءات جماعية وفى مواجهة المصفى لا فى مواجهة الورثة. وبناء عليه فكل إجراء فردى يتخذه أحد دائنى التركة على أموالها بعد قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى يكون باطلا فيجب كما قدمنا بعد قيد هذا الأمر أن تكون إجراءات الدائنين جماعية وفى مواجهة المصفى،فالمصفى هو الذى يفحص الديون التى لهم ويحصرها ويقوم بسدادها،فإذا كانت التركة موسرة تقاضى كل دائن حقه كاملا وإذا كانت معسرة تقاضى كل دائن من أموال التركة بنسبة الحق الذى له وبذلك تتحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين وهذه هى فائدة التصفية الجماعية للتركة بالنسبة إلى الدائنين.

ويخرج عن التصفية الجماعية،أصحاب الحقوق المقيدة،كالمرتهن وصاحب حق الامتياز وحق الاختصاص،فلكل من هؤلاء حق مشهر. فيتقدم صاحبه على سائر الدائنين العاديين،ولا يحول قيد الأمر من إتخاذ أصحاب الحقوق المقيدة إجراءات فردية بالتنفيذ على العقارات محل هذه الحقوق،على نحو ما تضمنته المادة٨٩٥ فيما يلى،وإن قيد الحق التبعى بعد قيد أمر تعيين المصفى،سرت المادة٣/٨٩٥ من القانون المدنى. وللمصفى الوفاء بالديون التى لا نزاع عليها، كما لو تضمنها حكم نهائى صادر قبل قيد الأمر بتعيينه،أما الديون المتنازع عليها،فتدخل فى التوزيعات بعد استصدار أحكام نهائية بها، ولا يجوز للمصفى التصالح على ديون التركة. (أنور طلبه ص٦٤)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** "استحدث المشرع فى القانون المدنى القائم نظاما لتصفية التركة يكفل حماية مصلحة الورثة ومن يتعامل معهم كما يكفل مصلحة دائنى التركة،فإذا ما تقررت التصفية فإنها تكون جماعية فترتفع بذلك يد الدائنين والورثة عن التركة ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى اتخاذ أى إجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية،وبهذا تتحقق المساواة الفعلية بينهم كما هو الحال فى الإفلاس التجارى وتنتقل أموال التركة إلى الورثة خالية من الديون فيتحقق المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون على وجه عملى".(طعن رقم٧ لسنة٣٥ ق جلسة١٩٦٩/٣/٢٠) وبأنه "ترتفع يد الدائنين والورثة عن التركة إذا ما تقررت التصفية ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت الأمر بتعيين المصفى اتخاذ أى إجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية وينوب المصفى عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها عملا بالمادة٨٨٥ من التقنين المدنى إلا أن هذا لا يفقد الورثة أهليتهم ولا يحول تعيين المصفى من بقائهم معه خصوما فى الدعوى لمعاونته فى الدفاع عن حقوق التركة ذلك أن المصفى ما هو إلا نائب عن الورثة نيابة قانونية خوله الشارع بمقتضاها تمثيلهم أمام القضاء وفحص وحصر وسداد ديون التركة التى يتولى إدارتها نيابة عنهم،وإذ كان الثابت أن الطاعن بصفته مصفيا للتركة قد اختصم فى الدعويين للحكم بإلزامه مع الورثة بطلبات المطعون ضده منها وأنه حمل لواء المنازعة فى تلك الطلبات فإنه يكون قد اختصم اختصاما صحيحا يتفق مع صفة النيابة التى أسبغها عليه القانون عن التركة ويكون الحكم الصادر فى هاتين الدعويين قد صدر ضد التركة فى مواجهة الطاعن بصفته الممثل القانونى لها". (طعن رقم٣٦٤ لسنة٤٤ ق جلسة١٩٧٨/٢/١٣)

*وتنص المادة ٨٨٤ مدني على أن " لا يجوز للوارث قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث المنصوص عليها فى المادة ٩٠١ أن يتصرف فى مال التركة ، كما لا يجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل دينا عليه قصاصا بدين التركة" .*

- **عدم جواز تصرف الورثة فى التركة قبل تسلم شهادة التوريث** :

لقد نصت المادة٨٨٤ مدنى على أنه "لا يجوز للوارث قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث المنصوص عليها فى المادة٩٠١ أن يتصرف فى مال التركة،كما لا يجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل دينا عليه قصاصا بدين التركة".مفاده أنه متى قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى، غلت يد الورثة بالنسبة لأموال التركة فلا يكون لهم التصرف فيها ببيع أو رهن أو مقايضةأو مقاصة كما لايجوز لهم المطالبة بقسمتها أو استيفاء الحقوق التى للتركة وإلا كان هذا الوفاء غير نافذ فى حق المصفى وله اجبار المدين على الوفاء له إذ يصبح المصفى وحده هو الممثل للتركة فيتصرف فى أموالها عند الاقتضاء ويستوفى حقوقها ويمثلها أمام القضاء، ويستطيع من له علاقة بالمورث الاطلاع على سجل قيد الأحكام الصادرة بتعيين المصفيين للوقوف على ما إذا كانت تركة هذا المورث خضعت لنظام التصفية الجماعية فيقتصر معاملته على المصفى المذكور بهذا السجل أم أنها لم تخضع لهذا النظام فيتعامل مع الورثة.

وشأن التركة التى تصفى تصفية جماعية. هو شأن أموال المفلس التى تصفى تصفية جماعية،وشأن المصفى هو شأن أمين التفلسية وكما تغل يد المفلس عن التصرف فى أمواله كذلك تغل يد الورثة عن التصرف فى أموال التركة،وكما يكون أمين التفلسية وحده حق التصرف فى أموال المفلس كذلك يكون للمصفى وحده حق التصرف فى أموال التركة،ولا ضير فى ذلك على الورثة فقد علموا بتعيين المصفى وقد يكونون هم الذين اختاروه،ولا على من قد يتعامل مع الورثة فهؤلاء يستطيعون قبل التعامل أن يبحثوا فى سجلات المحكمة الابتدائية فيعثروا على الأمر الصادر بتعيين المصفى مقيدا فيعلموا أن الورثة لا يحق لهم التعامل فى أموال التركة،ولا على المدينين للتركة فهؤلاء قبل أن يوفوا ديونهم للورثة بطريق مباشر، أو يوفوها بطريق غير مباشر بأن يجعلوها قصاصا فى حق لهم على الورثة،يستطيعون هم أيضا أن يعثروا فى سجلات المحكمة الابتدائية على الأمر الصادر بتعيين المصفى فيعلموا أن الوفاء بالديون يجب أن يكون للمصفى دون الورثة،ويحسن بمصفى التركة أن يبادر منذ تعيينه إلى تسجيل شهادة الإرث فى مكاتب الشهر التى تقع فى دوائرها عقارات التركة،وبذلك يستحث دائنى التركة أن يؤشروا بحقوقهم على هامش هذا

التسجيل ، فيتمكن من معرفة الديون العادية التى على التركة مما يساعده على تسوية هذه الديون،وبذلك أيضا يكون أمام من يتعامل مع الورثة طريقان لمعرفة الخطر الذى يتهددهم إذا أقدموا على هذا التعامل: طريق قيد الأمر بتعيين المصفى فى سجلات المحكمة، وطريق تأشير دائنى التركة بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث فى كاتب الشهر العقارى.

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " مفاد نصوص المواد٨٨٤ و٨٩٩ و٩٠٠ و٩٠١ من القانون المدنى أن الوارث لا يتصل أى حق له بأموال التركة ما دامت التصفية قائمة"(نقض١٩٥٦/٣/٨ طعن٢٨٤ س٢٢ ق)وبأنه "ترتفع يد الدائنين والورثة عن التركة إذا ما تقررت التصفية ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر بتعيين المصفى اتخاذ أى إجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية وينوب المصفى عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها عملا بالمادة٨٨٥ من التقنين المدنى إلا أن هذا لا يفقد الورثة أهليتهم ولا يحول تعيين المصفى من بقائهم معه خصوما فى الدعوى لمعاونته فى الدفاع عن حقوق التركة ذلك أن المصفى ما هو إلا نائب عن الورثة نيابة قانونية خوله الشارع بمقتضاها تمثيلهم أمام القضاء وفحص وحصر سداد ديون التركة التى يتولى إدارتها نيابة عنهم،وإذ كان الثابت أن الطاعن بصفته مصفيا للتركة قد اختصم فى الدعويين للحكم بالزامه مع الورثة بطلبات المطعون ضده فيها وأنه مع صفة النيابة التى أسبغها عليه القانون عن التركة ويكون الحكم الصادر فى هاتين الدعويين قد صدر ضد التركة فى مواجهة الطاعن بصفته الممثل القانونى لها"(نقض١٩٧٨/٢/١٣ طعن٣٦٤ س٤٤ ق) وبأنه" إن كان مفاد نصوص المواد٨٨٤ و٨٩٩ و٩٠٠ و٩٠١ من القانون المدنى أن الوارث لا يتصل أى حق له بأموال التركة مادامت التصفية قائمة،إلا أن أوراق الطعن وقد خلت مما يدل على أن التركة خضعت لإجراءات التصفية المنصوص عليها فى المادة٨٧٦ وما بعدها من القانون،وإنما أقام مورث الطاعنين الاعتراض على قائمة شروط البيع بصفته حارسا قضائيا على التركة المذكورة،وهو ما يختلف عن التصفية،فلا محل لتطبيق أحكامها"(نقض١٩٧٠/١٢/١٥ طعن٢٤٩ س٣٦ ق) وبأنه "قد استحدث المشرع فى القانون المدنى القائم نظاما لتصفية التركة يكفل حماية مصلحة الورثة ومن يتعامل معهم كما يكفل مصلحة دائنى التركة،فإذا ما تقررت

التصفية فإنها تكون جماعية فترتفع بذلك يد الدائنين والورثة عن التركة ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى اتخاذ أى إجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية،وبهذا تتحقق المساواة الفعلية بينهم كما هو الحال فى الإفلاس التجارى وتنتقل أموال التركة إلى الورثة خالية من الديون فيتحقق المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون على وجه عمل"(نقض ١٩٦٩/٣/٢٠ طعن٧ س٣٥ق)

*وتنص المادة ٨٨٥ مدني على أن " " على المصفى فى أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية، وأن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة ، وعليه أيضا أن ينوب عن التركة فى الدعاوى وأن يستوفى مالها من ديون قد حلت.*

*ويكون المصفى ، ولو لم يكن مأجورا،مسئولا مسئولية الوكيل المأجور،وللقاضى أن يطالبه بتقديم حساب عن إدارته فى مواعيد دورية " .*

- **التزام المصفى بإتخاذه ما تتطلبه أحوال التركة من الوسائل التحفظية** :

لقد أوجب المشرع على المصفى فور تعيينه وحتى قبل مباشرة التصفية أن يتخذ الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة على أموال التركة. فمثلا ؛ذا كان للتركة دين فى ذمة الغير مثلا وكان مضمونا برهن رسمى ولم يكن الرهن قد قيد،وجب على المصفى أن يقيد الرهن،وإذا كان الرهن قد قيد وحان ميعاد تحديده وجب عليه أن يحدد القيد الرهن،وإذا كان للتركة مال تحت يد الغير وقد وضع الغير يده على المال كمالك وقد سرت مدة التقادم المكسب،وجب على المصفى أن يقطع التقادم أولا،ثم يطالب باستحقاق المال،وإذا كان للتركة دين فى ذمة الغير وليس للمدين مال ظاهر ولكن له دين فى ذمة شخص ثالث،كان على المصفى إن يوقع حجزا ما للمدين لدى الغير تحت يد مدين المدين،وإذا كان للتركة أجرة متأخرة فى ذمة مستأجر،كان على المصفى أن يوقع حجزا تحفظيا على المنقولات الموجودة فى ذمة مستأجر،كان على المصفى أن يقوم بجميع الإجراءات التحفظية الواجب اتخاذها،للمحافظة على أموال التركة من الضياع. (السنهورى ص١٣٦)

- **قيام المصفى بما يلزم من أعمال الإدارة** :

رأينا أن المادة ١/٨٨٥ مدنى قد نصت على أنه "على المصفى فى أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية وأن تقوم بما يلزم من أعمال الإدارة...إلخ". مفاده أن المصفى يتعين عليه القيام بأعمال الإدارة المعتادة

كأن يقبض غلة أموال التركة وأن يجنى محصول الأرض وأن يبيع المحصول،وأن يؤجر أعيان التركة لمدد قصيرة وأن يجدد الإيجار إذا اقتضى الأمر ذلك،فهذه كلها تدخل فى أعمال الإدارة المألوفة،ويجب على المصفى أن يقوم بها قبل تصفيته للتركة وفى أثناء تصفيته لها.ومن أعمال الإدارة المألوفة،أن يقوم المصفى بقبض الديون المستحقة للتركة والتى تكون قد حلت،وأن ينوب عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها.

- **تمثيـــل التركـــة** :

للمصفى وحده الصفة فى تمثيل التركة فهو صاحب الصفة فى التقاضى فيقيم الدعاوى وتقام عليه دون الورثة،فإن صدر الحكم دون اختصامه فلا يحاج به حتى لو كان صادرا ضد جميع الورثة،إذ لا ينوبون عنه،بينما ينوب هو عنهم نيابة قانونية.

فإذا تبين للمحكمة أن المصفة لم يمثل فى الدعوى،أجلتها وكلفت المدعى بإختصامه،فإن لم ينفذ قرارها بغير مسوغ،قضت ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها لرفعها من أو على غير ذى صفة،ذلك أن الصفة فى تمثيل التركة ينحصر فى المصفى–أو وصى التركة–مما يوجب إختصامه حتى لو كان جميع الورثة ممثلين فى الدعوى،إذ أن مبرر مثولهم فى الدعوى هو مساندة المصفى فى الدفاع عن حقوق التركة ومراقبة ما يتم من إجراءات فى الدعوى،ويكون لهم بالتالى كافة حقوق الخصوم أثناء نظر الدعوى من تقديم الطلبات وأوجه الدفاع وتطرح على المحكمة وتلتزم بالرد عليها طالما كان المصفى مختصما معهم،فإن لم يكن مختصما فلا يكون للورثة صفة فى طرحها وبالتالى لا تتصدى لها المحكمة،وإن إنحصرت المخاصمة فى المصفى دون الورثة،كانت الدعوى مقبولة إذ تكون الصفة فيها قد توافرت بالنسبة له.(أنور طلبه ص٧٢)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " يد الدائنين والورثة وأن كانت ترتفع عن التركة إذا ما تقررت التصفية ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر بتعيين المصفى إتخاذ أى إجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية وينوب المصفى عن التركة فى الدعوى التى ترفع منها أو عليها عملا بالمادة٨٨٥ من التقنين المدنى إلا أن هذا لا يفقد الورثة أهليتهم ولا يحول تعيين المصفى من بقائهم معه خصوما فى الدعوى لمعاونته فى الدفاع عن حقوق التركة ذلك أن المصفى ما هو

إلا نائب عن الورثة نيابة قانونية خوله الشارع بمقتضاها تمثيلهم أمام القضاء وفحص وحصر وسداد ديون التركة التى يتولى إدارتها عنهم،وإذا كان الثابت أن الطاعن بصفته مصفيا للتركة قد اختصم فى الدعويين٣٩٦ ،٦٠٣ لسنة١٩٧٠ تجارى كلى القاهرة للحكم بالزامه مع الورثة بطلبات المطعون ضده فيها وأنه حمل لواء المنازعة فى تلك الطلبات فإنه يكون قد اختصم اختصاما صحيحا يتفق مع صفة النيابة التى أسبغها عليه القانون عن التركة ويكون الحكم الصادر فى هاتين الدعويين قد صدر التركة فى مواجهة الطاعن بصفته الممثل القانونى لها.(نقض١٩٧٨/٢/١٣ طعن٣٦٤ س٤٤ ق)وبأنه"لما كانت دعوى الشفعة كى تكون مقبولة يتعين رفعها على البائع والمشترى وأن تعددوا وكان أحد المطعون عليهم هو أحد أوصياء التركة البائعين وقد اختصم فى الدعوى أمام المحكمة الابتدائية ومحكمة الإستئناف،فإنه يتعين لقبول الطعن أن يعلن به المطعون عليه المذكور ولا يغير من ذلك أن يكون الورثة ممثلين فى الطعن أو أن يكتفى فيه بإعلان باقى أوصياء التركة"(نقض١٩٥٦/٣/٨ طعن٢٨٤ س٢٢ ق) وبأنه "متى تعدد أوصياء التركة البائعين للأطيان المشفوع فيها ولم يرخص بإنفرادهم فى العمل فإن اختصامهم فى دعوى الشفعة هو مما يلزم معه تبادل الرأى فيها بينهم،وكان عليهم أن يعملوا مجتمعين وذلك وفقا للمادتين٢/٨٨٥ و٧٠٧ من القانون المدنى"(نقض١٩٥٦/٣/٨ طعن٢٨٤ س٢٢ ق)

**كما قضت بأن**" إذا عين المورث اثنين من مورثته منفذين لوصيته فإنه يجوز لأحدهما أن يمثل الآخر فى اتخاذ إجراء فى الميعاد المعين له بما يدفع ضررا عن التركة وهو ما لا يحتاج الأمر فيه إلى تبادل الرأى،واذن فمتى كان أحد منفذى الوصية قد طعن بطريق النقض فى الحكم الصادر ضد مصلحة التركة فإن الدفع بعدم قبول هذا الطعن لانفراد أحد المنفذين بالتقرير دون الآخر يكون على غير أساس" (نقض١٩٥٥/١٢/٢٢ جـ٢ فى٢٥سنة ص١٠٠٦)وبأنه "إذا كان الطاعن لم يودع صورة رسمية من الحكم الصادر بتعيين مصفيا لتركة المرحومة...ولم يقدم هذه الصورة حتى حجز الطعن للحكم،وكان لايغنى عن ذلك مجرد الإشارة إلى رقمه أو تقديم صورة عرفية منه حتى تتحقق المحكمة من وجوده وتستطيع أن تقف على مدى صفة الطاعن فى النيابة عن التركة وتمثيلها فى هذا الطعن وفقا للمادة١/٨٨٥ من

القانون المدنى فإن الطعن يكون غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة" (طعن رقم٣٣٨٨ لسنة٥٤ ق جلسة١٩٨٨/٣/٢٨)

- **مسئولية المصفى ولو لم يكن مأجورا مسئولية الوكيل المأجور** :

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة٨٨٥ مدنى على أنه "يكون المصفى ولو لم يكن مأجورا مسئولا مسئولية الوكيل المأجور". مفاده أن المصفى يكون مسئولا مسئولية الوكيل ولو لم يتقرر له أجر. ولما كان المصفى فى حكم الوكيل عن التركة (أو عن الورثة الذين يملكون التركة)،فإن مسئوليته عن الإجراءات التحفظية وأعمال الإدارة المألوفة التى ذكرها هى مسئولية الوكيل.

فللمحكمة الابتدائية المختصة أن تطالبه بتقديم حساب عن إدارته فى مواعيد دورية تحددها له،وعليه أن يوافى المحكمة بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ مهمته (م٧٠٥)مدنى،وليس له أن يستعمل مال التركة لصالح نفسه،وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها،وعليه أيضا فوائد ما يتبقى فى ذمته من أموال التركة من وقت ن يعذر (م٧٠٦)مدنى، وتقول الفقرة الثانية من المادة٨٨٥ مدنى كما رأينا :"ويكون المصفى، ولو لم يكن مأجورا، مسئولا مسئولية الوكيل المأجور".

ومسئولية الوكيل المنصوص عليها فى المادة٧٠٤ مدنى إذ تقول :"١-إذا كانت الوكالة بلا أجر،وجب على الوكيل أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فأعماله الخاصة، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد.٢-فإن كانت بأجر،وجب على الوكيل أن يبذل دائما فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد".

وعلى ذلك يكون المصفى مسئولا مسئولية الوكيل المأجور ولو لم يتقرر له أجر،كما لو تم تعيينه دون أن يطلب من المحكمة تحديد أجر له،وبالتالى يلتزم يبذل عناية الشخص المعتاد عند قيامه بأعمال الحفظ والإدارة ومباشرة الدعاوى حتى لو كانت عنايته بشئون نفسه تقل أو تزيد عن تلك العناية. ويقوم المصفى بتنفيذ الوصايا والتكاليف كالضرائب والرسوم المستحقة على التركة متى أصبح ربطها نهائيا،ومباشرة الطعون الضريبية من حيث توقفت عند وفاة المورث،فإن لك يكن الأخير قد طعن فى الربط،وجب على المصفى أن يطعن فيه. ولما كان المصفى نائبا قانونيا عن الورثة،فيجوز له إتخاذ كافة الإجراءات التى كان يجوز لهؤلاء القيام بها لو

لم تخضع التركة لنظام التصفية، وبالتالى يجوز له رفع الدعاوى بإبطال تصرفات المورث فيما يجاوز ثلث التركة لصدورها فى مرض الموت أوسترها لوصية حتى يتمكن من إثراء التركة. (أنور طلبه ص٧٣)

*وتنص المادة ٨٨٦ مدني على أن " " على المصفى أن يوجه تكليفا علنيا لدائنى التركة ومدينيها يدعوهم فيه لأن يقدموا بيانا بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون،وذلك خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف لآخر مرة.*

*ويجب أن يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمقر العمدة فى المدينة أو القرية التى توجد بها أعيان التركة،أو على الباب الرئيسى لمركز البوليس فى المدن التى تقع فى دائرتها هذه الأعيان،وفى لوحة المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث،وفى صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار " .*

- **توجيه المصفى تكليفا علنيا لدائنى التركة ومدينيها يدعوهم لتقديم بيان بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون :**

لقد أوجب المشرع على المصفى أن يوجه تكليفا علنيا لدائنى التركة ومدينيها يدعوهم فيه لتقديم بيانا بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون وذلك خلال ثلاثة أشهر من آخر مرة ينشر فيها التكليف. وحتى تتوفر للتكليف العلانية الواجبة،قضى القانون بأن ينشر بطرق ثلاث :(١)النشر المحلى:بالنسبة إلى أعيان التركة الموجودة فى القرى ومدن الأقاليم يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمقر العمدة فى القرية أو المدينة، وبالنسبة إلى أعيان التركة الموجودة فى المدن الكبرى يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمركز الشرطة التى تتبعه الأعيان.(٢)النشر فى لوحة الإعلانات بالمحكمة: يلصق التكليف فى لوحة المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث،ويلاحظ أن المحكمة المختصة كما سبق القول.(٣)النشر فى الصحف اليومية:ينشر التكليف فى صحيفة من الصحف اليومية قبل لصقه فى لوحة المحكمة وعلى الباب الرئيسى لمقر العمدة أو لمركز الشرطة،وقد ينعكس هذا الترتيب،والمهم أن تكون المهلة المعطاة فى التكليف لا تقل عن ثلاثة أشهر من تاريخ آخر مرة ينشر فيها التكليف كما قدمنا.(السنهورى ص١٣٩ وما بعدها)

وكانت المادة١٣١٨ من مشروع القانون المدنى،التى أصبحت المادة٨٨٦ من القانون المدنى توجب أن ينشر التكليف أيضا فى الجريدة الرسمية،وعند مناقشتها

رؤى عدم النشر بتلك الجريدة اكتفاء بالطرق التى تضمنها نص المادة٨٨٦ حتى تكون إجراءات الشهر محققة من الناحية العملية للغرض الذى توخاه النص. وتدل الأعمال التحضيرية انص المادة٨٨٦ من القانون المدنى،وأن ما تضمنته من وسائل لدعوة الدائنين يتوافر بها شهر تلك الدعوة،وتقوم بموجبها قرينة قانونية قاطعة على توافر علم الدائنين بإجراءات تحقيق ديونهم لدى التركة،فأن يتقدم أحدهم للمصفى ولم يكن قد رفع دعوى للمطالبة بحقه،مما أدى إلى عدم تحقيق دينه وإتمام توزيع حصيلة التنفيذ على الدائنين،فلا يجوز لهذا الدائن الطعن على قوائم التوزيع النهائية أو إبطال التوزيع الذى تم ولكن يجوز له الرجوع على الورثة فى حدود ما آل إليهم من التركة عملا بقاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الدين،وإذا لم توجب المادة٨٨٦ سالفة البيان شهر حق الإرث،إكتفاء بطرق الشهر التى تصمنتها،فلا تثريب على المحكمة إن هى أعملت أثر القرينة على نحو ما تقدم ولو لم يكن المصفى قد أشهر حق الإرث وبالتالى لم يؤشر دائنو التركة بديونهم فى هامشه،فقد تم دعوتهم بالوسائل التى إعتبرها القانون كافية لتحقيق علمهم ويتوافر بها شهر تلك الدعوة . (أنور طلبه ص٧٥)

*وتنص المادة ٨٨٧ مدني على أن " " على المصفى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال أربعة الشهر من يوم تعيينه،قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشمل على تقدير لقيمة هذه الأموال وعليه أيضا أن يخطر بكتاب موصى عليه فى الميعاد المتقدم كل ذى شأن بحصول هذا الإيداع.*

*ويجوز أن يطلب إلى القاضى مد هذا الميعاد إذا وجدت ظروف تبرر ذلك " .*

- **إيداع المصفى قلم كتاب المحكمة قائمة تبين حقوق التركة وديونها** :

لقد أوجب المشرع فى الفقرة الأولى من المادة٨٨٧ مدنى على المصفى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه قائمة تبين ما للتركة من حقوق وما عليها من ديون. أى أن المصفى يجب عليه جرد التركة لمعرفة ما لها من حقوق وما عليها من ديون ويكون ذلك بالرجوع إلى كل من أوراق المورث ودفاتره ومذكراته ومستنداته،ويستخلص ما يجد فيها من ذكر لحقوق المورث أو ديونه معتمدا على ما عسى أن يؤيد ذلك من مستندات يجدها عند المورث.وأيضا السجلات العامة،وبخاصة إلى مكاتب الشهر وتكاليف الأطيان،ليكشف عن

التسجيلات والقيود التى تثقل عقارات التركة فيعرف ما على التركة من ديون مكفولة بتأمينات عينية،وليكشف من تكاليف الأطيان عما فى تكليف المورث من أرض زراعية.وكذلك بالرجوع إلى الورثة والموصى لهم ليستعلم منهم عما يعرفون من حقوق للتركة أو ديون عليها،ويستوثق مما يقولون فى ذلك بالمستندات والأوراق الأخرى إذا أمكن.وقد رأينا أن من الأعمال التى يبادر المصفى إلى القيام بها أن يشهر حق الإرث فى مكاتب الشهر العقارى التى تقع فى دائرتها عقارات التركة،ويؤدى ذلك إلى أن كثيرا من دائنى التركة العاديين يؤشرون بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث،فيعرف من هذه التأشيرات كثيرا من الديون العادية التى على التركة.ورأينا أيضا أن المصفى يعلن تكليفا لدائنى التركة ومدينيها يدعوهم فيه إلى تقديم بيان بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون،وبذلك يستطيع الوقوف على كثير مما للتركة وما عليها.وللمصفى أخيرا أن يلجأ إلى أية وسيلة أخرى يجدها فى استطاعته للكشف عما للتركة وما عليها،كأن يستعلم عن ذلك من المصارف والشركات ومن دائنى التركة ومدينيها الظاهرين من شركاء المورث فى الأعمال التى كان يقوم بها ومن مستخدميه الخاصين الذين كانوا على اتصال بأعماله ومن غير أولئك وهؤلاء ممن يستطيعون أن يقدموا له معلومات فى هذا الشأن،سواء تقدم إليهم فى ذلك أو تقدموا هم من تلقاء أنفسهم بهذه المعلومات. ويعد المصفى،بعد جرد التركة على النحو الذى بسطناه،قائمة تبين ما للتركة من حقوق وما عليها من ديون،وتشمل على تقدير قيمة هذه الأموال.وهذه القائمة تبين حالة التركة مبدئيا،هل هى موسرة أو معسرة،وما مقدار حقوقها وديونها،ولا تتبين حالة التركة نهائيا إلا بعد تصفية المنازعات فى القائمة على ما سيجئ.(السنهورى ص١٤٣ وما بعدها)

ويجب على المصفى أن يخطر بكتاب موصى عليه كل ذى شأن كالورثة والموصى لهم والدائنين بهذا الإيداع فور تمامه بحيث لا يتعدى الميعاد المتقدم،ولكل منهم أن يعترض على هذه القائمة أمام المحكمة وفقا للمادة ٨٩٠ مدني.(أنور طلبه ص٧٦).

- **جواز مد ميعاد الأربعة أشهر** :

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة٨٨٧ مدنى على أنه "يجوز أن يطلب إلى القاضى مد هذا الميعاد إذا وجدت ظروف تبرر ذلك". فالمشرع وإن كان أوجب

على المصفى إيداع القائمة قلم كتاب المحكمة المختصة بنظر التصفية وضرب له ميعادا لذلك أربعة أشهر من يوم تعيينه إلا أنه أجاز له أن يطلب من القاضى مد هذا الميعاد إذا كان هناك من الأسباب ما يبرر ذلك.

*وتنص المادة ٨٨٨ مدني على أن " " للمصفى أن يستعين فى الجرد وفى تقدير قيمة أموال التركة بخبير أو بمن يكون له فى ذلك دراية خاصة.*

*ويجب على المصفى أن يثبت ما تكشف عنه أوراق المورث وما هو ثابت فى السجلات العامة من حقوق وديون وما يصل إلى علمه عنها من أى طريق كان وعلى الورثة أن يبلغوا المصفى عما يعملونه من ديون على التركة وحقوق لها ".*

- **استعانة المصفى بخبير فى تقدير قيمة أموال التركة** :

لقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٨٨ مدنى على أنه "للمصفى أن يستعين فى الجرد وفى تقدير أموال التركة بخبير أو بمن يكون له فى ذلك دراية خاصة".مفاده أن المصفى فى سبيل إعداد قائمة الجرد،له أن يستعين بأهل الخبرة لتقدير قيمة الأموال التى لا يستطيع تقديرها كالحلى والتحف وما ماثل ذلك كما يجب عليه فى سبيل إعداد هذه القائمة أن يتعرف على كل ما يتعلق بحالة التركة بما يثبت له من أوراق المورث وله الإطلاع على السجلات العامة للوقوف على ما هو ثابت بها من حقوق وديون فيستعلم من المصالح كمصلحة الضرائب عما إذا كان لها مستحقات لدى المورث أصبحت نهائية أم أنه لم يبت فى الطعون الخاصة بها وفى هذه الحالة الأخير يتعين على المصفى مباشرتها،كما يستعلم من البنوك عما إذا كان للمورث ودائع بها،وله أن يسلك كافة السبل لمعرفة حقوق التركة وديونها.(أنور طلبه ص٧٧).

فله الرجوع إلى أوراق المورث ودفاتره ومذكراته ومستنداته،ويستخلص ما يجد فيها من ذكر لحقوق المورث وديونه معتمدا على ماعسى أن يؤيد ذلك من مستندات يجدها عند المورث. وأيضا له الرجوع إلى السجلات العامة،للوقوف على ما هو ثابت بها من حقوق وديون،كالتسجيلات أو القيود أو التأشيرات الموجودة فى مكاتب الشهر العقارى وتكاليف الأراضى الزراعية.

بالإضافة إلى ما يصل إلى علمه حيث يجب على المصفى أن يثبت فى جرد أموال التركة ما يصل إلى علنه الشخصى عنها من أى طريق كان،لمعلومات يستقيها

مـن المصـارف أو الشـركات التـى يكـون المـورث علـى صـلة بهـا،أو مـن عمالـه ومستخدميه.وكذا ما يبلغه به الورثة :فالمصفى له أن يستعين فى الجرد بما يبلغه به الورثة من ديون على التركة وحقوق لها، ولا يقتصر الأمر على ما يبلغه به الورثة،وإنما للمصفى أن يسأل الورثة عن معلوماتهم.

*وتنص المادة ٨٨٩ مدني على أن " يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شئ من مال التركة ولو كان وارثا" .*

- **عقوبة الاستيلاء غشا على أموال التركة** :

يعاقب بعقوبة التبديد المقررة بالمادة ٣٤١ عقوبات كل من استولى غشا على مال للتركة كان تحت يده. ولو كان وارثا.وقد نصت المادة٨٨٩ مدنى كما رأينا على أن "يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شئ من مال التركة ولو كان وارثا".فإذا أخفى الذين كانوا يقيمون مع الميت شيئا من ماله غشا بنية الاستيلاء عليه وتملكه،اعتبروا فى حكم المبددين وعوقبوا بعقوبة التبديد،حتى لو كان من فعل ذلك زوجة الميت أو أولاده إذا أخفوا مثلا شيئا من نقود الميت أو أوراقه المالية أو ما يملك من حلى ومجوهرات .

مفـاد مـا تقـدم أن المشـرع قـد جعـل عقوبـة التبديـد المنصـوص عليهـا فـى المـادة٣٤١ عقوبـات هـى العقوبـة المقـررة لمـن يسـتولى غشـا علـى مـال للتركـة كـان تحت يده حتى لو كان زوجا أو أبنا للمورث أو أى وارث آخر له ويتحقق الاستيلاء بمجرد اخفاء المال ولو لم يتم التصرف فيه ويسرى النص على المودع لديه والدائن والمستأجر والموصى له متى استولى أحد هؤلاء على المنقول الذى كان تحت يده ولا يـدخل فـى ذلـك تعمـد عـدم التبليـغ أو التـأجير فيـه متـى كـان غيـر مصـحوب بالاستيلاء،وإذا استولى أحد ممن ذكروا على مال للتركة لم يكن تحت يده اعتبر سارقا. (أنور طلبه ص٧٨)

*وتنص المادة ٨٩٠ مدني على أن " " كل منازعة فى صحة الجرد،وبخاصة مـا كـان متعلقـا باغفـال أعيـان أو حقـوق التركـة أو عليهـا أو بإثباتهـا،ترفع بعريضـة للمحكمة بناء على طلب كل ذى شأن خلال الثلاثين يوما التالية للاخطار بايداع قائمة الجرد.*

*وتجرى المحكمة تحقيقا .فإذا رأت أن الشكوى جدية أصدرت أمرا بقبولها ويصح التظلم من هذا الأمر وفقا لأحكام قانون المرافعات .*

*وإن لم يكن النزاع قد سبق رفعه إلى القضاء عينت المحكمة أجلا يرفع فيه ذوى الشأن دعواه أمام المحكمة المختصة،وتقضى فيها هذه المحكمة على وجه الاستعجال " .*

- **المنازعات المتعلقة بالجرد** :

متى أودع المصفى قائمة الجرد قلم كتاب المحكمة وأخطر ذوى الشأن بإيداعها على النحو الذى بيناه فيما تقدم،تمكن هؤلاء من الإطلاع عليها فى قلم كتاب المحكمة. ولأى منهم أن ينازع فيها،فالوارث أو الموصى له قد ينازع فى أن القائمة قد أغفلت أعيانا أو حقوقا للتركة،أو أنها أثبتت ديونا على التركة ليست صحيحة،وهكذا .

والمنازعة فى قائمة الجرد ترفع بعريضة إلى المحكمة الابتدائية التى تنظر تصفية التركة،ويرفعها صاحبها فى خلال ثلاثين يوما التالية لإخطار المصفى له بإيداع قائمة الجرد فى قلم كتاب المحكمة وهذا ميعاد تنظيمى لا يترتب عليه سقوط حق فإن لم يتم الإخطار جاز الاعتراض إلى ما قبل تمام التصفية ويقع على المعترض عبء الإثبات ويكون ذلك بكافة طرق الإثبات لأنه يثبت واقعة مادية وللمحكمة أن تحيل الواقعة للتحقيق بناء على طلب المعترض أو من تلقاء نفسها وينحصر الإثبات فى أن هناك أموالا لم تتضمنها القائمة و أن الحقوق أو الديون الواردة بها تخالف الواقع فالمدائن أن يثبت أن حقه أكثر مما تضمنه القائمة كما يثبت المدين أن الدين الذى فى ذمته أقل من الوارد بالقائمة ويكون للورثة إثبات براءة ذمة مورثهم من الديون التى تتضمنها القائمة.(أنور طلبه ص٨٠)

وتفحص المحكمة المنازعة فحصا مبدئيا،فإذا رأت أنها غير جدية أمرت برفضها،وإلا أصدرت أمرا بقبولها،ويصح التظلم من الأمر الذى تصدره المحكمة،وفقا لأحكام قانون المرافعات ، وتقضى المادة١٩٩ مرافعات بأن الخصم الذى صدر عليه الأمر الحق فى التظلم منه لنفس المحكمة التى أصدرت الأمر،مع تكليف خصمه الحضور أمامها ، وتقضى المحكمة فى التظلم بتأييد الأمر أو إلغائه. (السنهورى ص١٤٦)

والحكم الصادر فى التظلم هو حكم وقتى لا يمس أصل الحق،ويراعى أن من صدر ضده الأمر يكون بالخيار بين التظلم إلى المحكمة المختصة أو إلى القاضى الآمر ولا يجوز له الجمع بين الطريقتين ، أما مقدم الطلب فليس له من طريق للتظلم إلا أمام المحكمة التى أصدرت الأمر وغالبا ما تكون هى المحكمة المختصة،فإن أصدرت أمرا نهائيا بقبول الاعتراض وجب عليها إن تحدد أجلا لصاحب الاعتراض ليرفع دعواه أمام المحكمة المختصة إن لك يكن النزاع سبق رفعه أمام المحكمة الأخيرة،أما إن أصدرت المحكمة أمرا نهائيا برفض الاعتراض فيتعين على صاحبه رفع النزاع للمحكمة المختصة "راجع المادتين١٩٧ و١٩٩ مرافعات والمادة٩٥٢ مرافعات".(أنور طلبه ص٨٠)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** "مفاد نص الفقرة الأولى من المادة٨٩٠ مدنى أن كل منازعة فى صحة الجرد ترفع بعريضة للمحكمة بناء على طلب كل ذى شأن خلال ثلاثين يوما للإخطار بإيداع القائمة مما مؤداه أن المشرع جعل انفتاح هذا الميعاد وهنا بقيام المصفى بإخطار المنازع بإيداع القائمة أما ذوو الشأن الذين لم يخطروا بإيداع القائمة فلا يتقيدون بهذا الميعاد لتوقف الالتزام به على حصول الاخطار بإيداع القائمة ومن ثم فإن لهؤلاء أن يرفعوا منازعتهم فى صحة الجرد إلى المحكمة فى أى وقت إلى ما قبل تمام التصفية.(نقض٩/١١/١٩٨٢ طعن٦٦١ س٤٨ ق). وبأنه "إذ نصت المادة٨٩٠ من القانون المدنى أن المنازعة فى صحة الجرد–وما تجرية المحكمة ابتداء فى شأن عريضتها–هو أمر ولائى على عريضة مما أناطه القانون بقاضى الأمور الوقتية عملا بالمادة١٩٤ مرافعات ومن ثم فإن المقصود بلفظ "المحكمة" الوارد بالمادة٨٩٠ مدنى سالف الذكر هو قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة وليس المحكمة بكامل هيئتها ويكون له أن يجرى فى العريضة أمره بالقبول أو الرفض،وهو ما يجوز للتظلم منه طبقا لأحكام المواد من١٩٤ إلى١٩٩ مرافعات.(نقض٩/١١/١٩٨٢ طعن٦٦١ س٤٨ق)

وقد سبق أن ذكرنا فى التعليق على المادة ٨٨٦ إفتراض تحقق علم جميع الدائنين بإجراءات التصفية مما يوجب عليهم التقدم للمصفى لتحقيق ديونهم،فإن لم يتقدم،فلا محل لاخطاره بإيداع قائمة جرد التركة لعدم معرفة المصفى له، وبذلك يكون الأخير قد أغفل إثبات هذا الدين بالقائمة،مما يجوز معه لهذا الدائن أن ينازع

فى القائمة إلى ما قبل التوزيع،فإن تم التوزيع،كان رجوعه على نحو ما أوضحناه بالمادة سالفة البيان.

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " إن كان القانون قد أوجب رفع المنازعة فى صحة الجرد فى ميعاد ثلاثين يوما،إلا أنه جعل انفتاح هذا الميعاد رهنا بقيام المصفى باخطار المنازع بإيداع القائمة محل المنازعة،أما ذوو الشأن الذين لم يخطروا بإيداع القائمة فلا يتقيدون بداهة بهذا الميعاد لتوقف الالتزام به على حصول الإخطار بإيداع القائمة، ومن ثم فإن لهؤلاء أن يرفعوا منازعاتهم فى صحة الجرد إلى المحكمة فى أى وقت إلى ما قبل تمام التصفية،ونص المادة٨٩٧ من القانون المدنى من العموم بحيث يشمل جميع الدائنين العاديين الذين لم ينازعوا فى قائمة الجرد قبل تمام التصفية ولا يدع مجالا لاستثناء من لم يخطر منهم بإيداع تلك القائمة،هذا إلى استثناء هؤلاء يترتب عليه اهدار الصفة الجماعية للتصفية وتفويت ما هدفه المشرع منها من تحقيق المساواة بين الدائنين العاديين وتأمين الغير الذى يتعامل مع الورثة فى أموال التركة بعد تمام التصفية من ظهور دائن للتركة ينازعه"(نقض١٩٦٩/٣/٢٠ س٢٠ ص٤٤٤)

*وتنص المادة ٨٩١ مدني على أن " بعد انقضاء الميعاد المعين لرفع المنازعات المتعلقة بالجرد يقوم المصفى بعد استئذان المحكمة بوفاء ديون التركة التى لم يقم فى شأنها نزاع.أما الديون التى توزع فتسرى بعد الفصل فى النزاع نهائيا" .*

- **وفاء ديون التركة التى لم يقم فى شأنها نزاع** :

قد رأينا أن المصفى قد أعد قائمة جرد التركة وأودعها قلم كتاب المحكمة وأخطر كل ذى شأن بهذا الإيداع،فانفتح بهذا الإخطار باب تقديم المنازعات فى الجرد.ورأينا أن القانون ضرب ميعادا للتقدم بهذه المنازعات،ثلاثين يوما من وقت الإخطار.فعلى المصفى أن يتربص حتى انقضاء هذا الميعاد،وفى نهاية الثلاثين يوما يستطيع أن يقف على المنازعات التى تقدمت فى صحة قائمة الجرد.

فإذا كانت هناك حقوق أو أموال للتركة أغفل إدراجها فى القائمة وعلم بها عن طريق تقدم وارث أو دائن أو أى ذى شأن آخر بمنازعة فى شأنها،بحث الأمر وسعى فى الحصول على ما نقص التركة من مال ولو كان ذلك عن طريق التقاضى،وقد رأينا أنه ينوب عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها(م١/٨٨٥ مدنى).

وإذ كانت هناك منازعات فى ديون التركة التى أدرجها فى القائمة،فإنه يقف على هذه المنازعات ويعرف ديون التركة التى ليس فيها نزاع.فإذا كانت الرتكة معسرة أستأذن المحكمة للوفاء بالديون غير المتنازع فيها أما الديون التى توزع فيها فيتم التصرف فى شأنها على هدى الحكم الصادر نهائيا متعلقا بها،فإن ثبتت قام المصفى بالوفاء بها بدون إذن من المحكمة مكتفيا بالحكم الذى اصدرته. (أنور طلبه ص٨٤)

*وتنص المادة ٨٩٢ مدني على أن " " على المصفى فى حالة اعسار التركة أو فى حالة احتمال اعسارها أن يوقف تسوية أى دين،ولو لم يقم فى شأنه نزاع،حتى يفصل نهائيا فى جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة " .*

- **وقف تسوية أى دين فى حالة اعسار التركة** :

إذا تبين المصفى،من قائمة الجرد،أن التركة معسرة أو هناك احتمال لذلك كما إذا وجدت منازعات فى الديون لو صحت لأصبحت التركة معسرة.(أنور طلبه ص٨٣)

تعين عليه أن يقف وفاء أى دين ولو لم يقم شأنه نزاع.ذلك لأنه إذا تبين نهائيا أن التركة معسرة فإن دائن التركة لا يستطيع الحصول على كل حقه ولابد أن يكتفى بحصة منه،والمصفى لا يستطيع أن يعرف مقدما هذه الحصة.فلابد إذن من أن ينتظر حتى يفصل نهائيا فى الدين التى رفعت فى شأنها منازعات،وعند ذلك يستطيع أن يتثبت من مقدار جميع الديون التى على التركة فى صورتها النهائية.وفى ذلك الوقت فقط يوفى ديون التركة،فيوزع أموال التركة على دائنيها . ولما كانت التركة معسرة فإن دائنى التركة يتحاصلون أموالها،ويأخذ كل منهم حصة بنسبة الدين الذى له. (السنهورى ص١٤٦)

*وتنص المادة ٨٩٣ مدني على أن "يقوم المصفى بوفاء ديون التركة مما يحصله من حقوقها ، ومما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر السوق من أوراق مالية ومن ثمن ما فى التركة من منقول. فإن لم يكن كل ذلك كافيا فمن ثمن ما فى التركة من عقار.*

*وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلنى وفقا للأوضاع وفى المواعيد المنصوص عليها فى البيوع الجبرية ، إلا إذا أتفق جميع الورثة على أن يتم البيع*

*بطريقة أخرى أو على أن يتم ممارسة. فإذا كانت التركة معسرة لزمت أيضا موافقة جميع الدائنين. وللورثة فى جميع الأحوال الحق فى أن يدخلوا الحق فى أن يدخلوا فى المزاد".*

- **وفاء المصفى بديون التركة** : □

يقوم المصفى بوفاء ديون التركة مما يحصله من حقوقها ، ومما يشتمل عليه من نقود فإن لم تكف باع أموال التركة وفقا للترتيب الوارد بالفقرة الأولى من النص وبقدر ما يفى بالديون فيبدأ بالأوراق المالية كالأسهم والسندات على إن يلتزم سعر السوق فى يوم البيع ولا تباع هذه الأوراق بالمزاد . (أنور طلبه ص٨٤)

فإذا كان ثمن الأوراق المالية لا يزال غير كاف للوفاء بالديون ، فإنه يبيع منقولات التركة ، ثم يبيع عقاراتها ، هذه تلك بالقدر الكافى لوفاء الديون.

- **بيع منقولات التركة وعقاراتها** : □

تباع منقولات التركة (غير الأوراق المالية) وعقاراتها بالمزاد العلنى طبقا للإجراءات التى رسمها تقنين المرافعات للبيوع الجبرية وفى المواعيد التى حددها هذا التقنين وذلك ما لم ينفق جميع الورثة على طريقة أخرى متى كانت التركة موسرة ، أما أن كانت معسرة فإنه يلزم موافقة جميع الدائنين والموصى لهم بالإضافة لموافقة جميع الورثة ومن ثم يجوز لهؤلاء الاتفاق على أن يتم البيع بالممارسة لأحد الأشخاص أيا ما كان ، وفى حالة البيع بالمزاد يكون للورثة والوصى لهم الدخول فيه.(أنور طلبه ص٨٠)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** "مؤدى نص المادة٨٩٣ من القانون المدنى أن تباع عقارات التركة بالمزاد العلنى وفقا للأوضاع وفى المواعيد المنصوص عليها فى البيوع الجبرية ما لم يتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى ، ومتى كان ذلك وكانت الأوضاع والمواعيد سالفة الذكر والمنصوص عليها فى المواد٤٠١ من قانون المرافعات وما بعدها أعمال إجرائية يترتب البطلان على عدم اتباعها ، وبالتالى فإن البيع الحاصل دون اتخاذها لا يكون صحيحا" (نقض٥/٢/١٩٨٥ طعن٢٠٣٦ س٥٠ ق)

*وتنص المادة ٩٠٦ مدني على أن " " إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها. وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به ، وثمن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته ويستنزل من نصيب الوارث فى التركة ، فإذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل " .*

- **ما يتبع إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى** : ☐

إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعى كمزرعة أو حديقة أو مستغل صناعى أو تجارى كمصنع أو محل تجارى يراعى فيه هذه الوحدة الاقتصادية ، فلا يصح تقسيمه وإلا كان فى ذلك انتقاص كبير من قيمته. فيعطى المستغل برمته لأقدر الورثة على استغلاله ، ويقدر ثمن المستغل بحسب قيمته كرأس مال لا بحسب ما ينتجه من إيراد. ويستنزل هذا الثمن من نصيب الوارث . (السنهورى ص١٦٥)

وللمحكمة أن تعين خبيرا أو أكثر على نفقة التركة لتقدير قيمة المستغل ، فإذا تبين أن الوراث الذى تقرر تسليمه المستغل لا تفى حصته بقيمته وجب عليه أن يفى بالفرق ، وأن تعدد القادرون على استغلاله ، أعطى لمن يدفع مقابلا أكبر لا يقل عن الثمن المقدر ، فإن لم يوجد من يقدر على الاستغلال وجب على المحكمة أن تأمر ببيع المستغل وفقا لأحكام المادة٨٤١ مدنى عليها ، ثم يوزع الثمن وفقا لنصيب كل وارث . (أنور طلبه ص١٠٨)

وإذا لم يوجد فى التركة غير المستغل أو كان هو معظم التركة ، ووجد وارث تتوافر فيه القدرة على استغلاله ورضى بدفع ثمنه ، أعطى له ، ويكتفى باقى الورثة كل بحصته فى الثمن بنسبة نصيبه فى الإرث . (السنهورى ص١٦٦)☐

# بيــع المريــض مــرض المــوت

*تنص المادة ٩١٦ من القانون المدني على أن " "كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف.*

*وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا.*

*وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه ".*

- **التصرفات الصادرة من المورث فى مرض الموت** :

كل عمل قانونى يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف (م١/٩١٦ مدنى). أى أن التصرفات الصادرة من المورث فى مرض الموت ويكون مقصورا بها التبرع يعتبرها القانون وصية مسترة. وتسرى عليه أحكام الوصية ، وبذلك تحمى الورثة ، إذ أن هذا التصرف لا ينفذ فى حقهم فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازوه ، وهذا هو حكم الوصية كما قدمنا ، وحتى تسرى أحكام الوصية يجب ، كما هو ظاهر من النص ، أن يتوافر فى التصرف شرطان: (١) أن يكون تصرفا صادرا فى مرض الموت. (٢) وأن يكون مقصودا به التبرع.

**الشرط الأول** : **أن يكون تصرفا صادرا فى مرض الموت** : يشرط أن يكون الشخص الصادر منه التصرف مريضا مرض الموت أما إذا صدر التصرف من شخص سليما ليس مريض مرض الموت فلا تعلق الحق الوارث بأموال مورثه ويكون للمالك أن يتصرف كما يشاء فى أمواله معاوضة أو تبرعا ولو أدى تصرفه إلى حرمان ورثته من أنصبتهم مادام المورث كامل الأهلية.

**وقد قضت محكمة النقض بأن** "التصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حال صحته لأحد ورثته تكون صحيحة ولو كان المورث قد قصد بها حرمان بعض ورثته لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته. أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه. ولا يعتبر الوارث فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان فى ظاهرة بيعا منجزا إلا أنه فى حقيقته وصية إضرارا بحقه فى الميراث أو أنه قد صدر فى مرض موت المورث فيعتبر حينئذ فى حكم الوصية لأن فى هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه فى القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التى قصد بها التحايل على قواعد الإرث أما إذا كان مبنى الطعن غير ذلك فإن حق الوارث فى الطعن فى التصرف فى هذا الحال إنما يستمده من مورثه – باعتباره خلفا عاما له – فيتقيد الوارث فى إثبات هذا الطعن بما يتقيد به المورث من طرق الإثبات"(طعن رقم٢٢٠ لسنة٣١ ق جلسة١٣/١/١٩٦٦) وبأنه "لا تتقيد التصرفات إلا ابتداء من مرض الموت ، أما قبل ذلك فالمالك الكامل الأهلية حر التصرف فى ملكه ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم ما لم تكن تصرفاته مشوبة بعيب من العيوب". (طعن رقم٢ لسنة٦ ق جلسة٤/٦/١٩٣٦).

- **المقصود بمرض الموت** :

المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذى يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقرير الطبيب ويلازمه ذلك المرض حتى الموت.

**وقد قضت محكمة النقض بأن** "المقرر فى قضاء محكمة النقض أن المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذى يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقرير الأطباء ويلازمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن المرض معروفا من الناس بأنه من العلل المهلكة ، فضابط شدته اعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجزين من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقة خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به" (جلسة٢٧/١١/١٩٨٣ الطعن رقم١٠١١ لسنة٤٧ ق س٣٤ ص١٩٤، جلسة٧/١/١٩٧٦ الطعن رقم١٥ لسنة٤ ق أحوال شخصية س٢٧ ص١٤٦) وبأنه "من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت – وعلى ما جرى به

قضاء محكمة النقض – أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر المريض فيه بدنو أجله وينتهى بوفاته ، فإذا استطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض وإحتمال عدم برء صاحبه منه وتكون تصرفات المريض فى هذه الفترة صحيحة ولا تعد حالة من حالات مرض الموت إلا فى فترة تزايدها وإشتداد وطأنها إذ العبرة بفترة الشدة التى تعقبها الوفاة ولا يشترط فى مرض الموت ملازمة صاحبه الفراش على وجه الاستمرار والاستقرار بل يكفى أن يلازمه وقت إشتداد العلة"(جلسة١٩٨٨/٦/٩ الطعن١٩٩٤ لسنة٥٧ ، جلسة١٩٧٨/٣/١٤الطعن رقم٣٩٤ لسنة٤٤ ق س٢٩ ص٧٣٥ ، جلسة١٩٧٧/١٢/٦ الطعن رقم٨١٦ لسنة٤٣ ق س٢٨ ص١٧٤٢)وبأنه "حالة مرض الموت مشروطة شرعا بأن يكون المرض مما يغلب عليه الهلاك ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى فى اعتبار أن المورث كان مريضا مرض الموت وقت صدور التصرف المطعون فيه بأن قعد عن مزاولة أعماله خارج المنزل فى الشهور الستة السابقة لوفاته بسبب سقوطه من فوق ظهر دابته دون بيان لنوع المرض الذى إنتاب المورث وتحقيق غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه ، فإن ذلك الحكم يكون قاصرا قصورا يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بأنه مرض موت"(جلسة١٩٦٤/٤/٣٠ الطعن رقم٤٤٩ لسنة٢٩ ق س١٥ ج٢ ص٦٢٦،جلسة١٩٥٩/٦/١٦ الطعن رقم١٥٦ لسنة٢٥ ق س١٥ ص٤٧٦) وبأنه "من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهى بوفاته ، فإذا استطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم برء صاحبه منه ، وتكون تصرفات المريض فى هذه الفترة صحيحة ، ولا تعد حالة من حالات مرض الموت إلا فى فترة تزايدها واشتداد وطأتها ، إذ العبرة بفترة الشدة التى تعقبها الوفاة ، وقيام مرض الموت أو عدم قيامه هو من مسائل الواقع التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع" (نقض١٩٨٤/٢/٨ طعن١٠٠٢ س٤٩ ق، نقض١٩٨٥/٤/٢٨ طعن٦٩٤ س٤٩ ق) وبأنه " من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت – وعلى ما جرى به من قضاء محكمة النقض – أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ، ويشعر معه

المريض بدنو أجله وأن ينتهى بوفاته" (نقض٦/٢/١٩٣٣ طعن٩ س٣٨ق) وبأنه" حق الوارث فى مال مورثه لا يظهر فى الوجود ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث. كما أن المرض لا يمكن اعتباره مرض موت إلا إذا أنتهى بموت صاحبه مما لا يتأدى معه معرفة أن المرض من أمراض الموت إلا بتحقق هذه النتيجة. ومن ثم فما دام المتصرف كان ما يزال حيا فإنه ما كان يقبل من الوارث أية منازعة فى العقود المطعون عليها تقوم على صدورها فى مرض موت المتصرف أو على أنها تخفى وصايا "(نقض٢٦/٣/١٩٦٤ طعن٢٦ س٢٩ ق)

**كما قضت بأن**"ولا يشترط فى مرض الموت لزوم صاحبه الفراش على وجه الاستمرار والاستقرار بل يكفى أن يلازمه وقت اشتداد العلة به. كما لا يشترط فيه أن يؤثر على سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف. ومن ثم فإن ذهاب المورث إلى المحكمة وإقراره بصحة توقيعه على العقود المطعون عليها لا يمتنع معه اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديدا يغلب فيه الهلاك وانتهى فعلا بموته"(نقض٢٦/١/١٩٦٤طعن٢٣٦ س٢٩ ق) وبأنه"من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر المريض فيه بدنو أجله وينتهى بوفاته فإذا استطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم برء صاحبه منه وتكون تصرفات المريض فى هذه الفترة صحيحة ولا تعد حالته من حالات مرض الموت إلا فى فترة تزايدها واشتداد وطأنها إذ العبرة بفترة الشدة التى تعقبها الوفاة "(نقض٢١/٤/١٩٥٥ طعن٥٦ س٢٢ق) وبأنه"العبرة فى اعتبار المرض الذى بطول أمده عن سنة مرض موت هى بحصول التصرف خلال فترة تزايدها واشتداد وطأنه على المريض للدرجة التى يغلب فيها الهلاك وشعوره بدنو أجله ثم انتهاء المرض بالوفاة " (نقض١١/٦/١٩٥٩ طعن١٥٦ س٢٥ق) وبأنه" لا تثريب على المحكمة إذا هى اتخذت مما ورد فى شهادة الطبيب المعالج المكتوبة من أنه تولى علاج المورث لمدة تزيد على ستة شهور قبل وفاته وأنه كان مريضا بنزله شعبية ودرن رئوى وأنه كان طريح الفراش أحيانا وأحيانا أخرى كان ينتقل إلى جهة أخرى للعلاج وأن سبب وفاته على ما يذكر هو الدرن الرئوى وهبوط فى القلب ، وكذلك من شهادة كشف الأشعة ، دليلا مضافا إلى الأدلة والقرائن الأخرى التى

ساقتها على مرض المورث بالسل من تاريخ الكشف عليه بالأشعة واشتداد هذا المرض عليه بعد ذلك ووفاته بسببه. مما أدى بها إلى اعتباره مرض موت وتقريرها بناء على ذلك ببطلان العقدين المطعون فيهما لتحريرهما خلال فترة اشتداده ، وهى بما لها من سلطة التقدير فى هذا الشأن لا حاجة بها إلى اتخاذ إجراء آخر فى هذا الصدد "(نقض٢٥/١٠/١٩٥١ طعن٥٥ س١٩ق) وبأنه "وقيام مرض الموت هو من مسائل الواقع. فإذا كان الحكم قد نفى بأدلة سائغة لها أصلها فى الأوراق ، قيام حالة مرض الموت لدى المتصرفة حيث استخلص من الشهادة الطبية المقدمة لاثبات ذلك ، أنها لا تدل على أن المتصرفة كانت مريضة مرض موت ، وأعتبر الحكم ، فى حدود سلطته فى تقدير الدليل أن انتقال الموثق إلى منزل المتصرفة لتوثيق العقود محل النزاع ، لا يعتبر دليلا أو قرينه على مرضها مرض موت ، فإن الطعن على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون أو فهم الواقع فى الدعوى يعتبر مجادلة فى سلطة محكمة الموضوع فى تقدير الدليل ، ولا يؤثر فى الحكم ما تزيد فيه من أن قرار الوارث بصحة العقود الصادرة من مورثته إلى بعض الخصوم فى الدعوى يفيد أن المتصرفة لم تكن مريضة مرض الموت ، إذ جاء هذا من الحكم بعد استبعاده الأدلة التى قدمها الوارث على قيام حالة مرض الموت ، وهو المكلف بإثبات ذلك " (نقض ١٩٧٢/٥/٢ طعن٣٣٢ س٣٧ق)وبأنه"قيام مرض الموت أو ما فى حكمه من مسائل الواقع التى لمحكمة الموضوع أن تستخلصها من حالة المتصرف النفسية وما إذا كان التصرف قد صدر منه وهو تحت تأثير اليأس من الحياة أو فى حالة الاطمئنان إليها والرجاء منها والأمل فيها ، وإذ استخلص الحكم المطعون فيه بأسباب سائغة أن تصرف مورث طرفى النزاع قبل سفره للأقطار الحجازية لا يعد صادرا وهو فى حالة نفسية تجعله فى حكم المريض مرض الموت ورتب على ذلك أنه لا يعتبر وصية فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس "(نقض١٩٦٩/٤/١ طعن١٥٥ س٣٥ق)وبأنه" متى اقتصر الحكم المطعون فيه على تقرير أن البائعة كانت وقت البيع مريضة بمرض انتهى بها إلى الوفاة دون أن يبين نوع هذا المرض وهل كان يغلب فيه الهلاك وقت حصول التصرف وهو بيان لازم لمعرفة هل يصح اعتباره مرض موت أم لا يصح ، ولا يغنى فى ذلك ما أشار إليه من أقوال بعض الشهود من أن المورثة (البائعة) كانت مريضة بمرض السكر وقت

صدور التصرف منها إلى الطاعنة متى كان الحكم لم يبين كيف يغلب الهلاك فى مرض السكر وليله على ذلك فأن الحكم يكون قاصرا البيان بما يستوجب نقصه "(نقض١٥/١٢/١٩٦٦ طعن٣٥٣ س٣٢ق)

**كذلك قضت بأن**" استخلاص اشتداد وطأة المرض هو استخلاص موضوعى ، فمتى أقام الحكم قضاءه فى نفى اشتداد المرض وقت صدور التصرف المطعون فيه على أسباب سائغة فلا يقبل الجدل فى ذلك أمام محكمة النقض "(نقض٢٥/١٠/١٩٥١ طعن١٧٥ س١٩ق) وبأنه "متى كان الحكم المطعون فيه إذا أعتبر أن المورث كان مريضا مرض موت وقت تحريره عقدى البيع الصادرين منه إلى زوجته قد أقتصر على تقرير أن المورث كان مريضا مرضا انتهى به إلى الوفاة دون أن يبين نوع هذا المرض وهل كان الهلاك غالبا فيه وقت حصول التصرف المطعون فيه وهو بيان لازم لمعرفة هل يصح اعتباره مريض موت أو لا فإنه يكون مشوبا بالقصور فى أسبابه مما يبطله "(نقض٧/٦/١٩٥١ طعن٢١٩ س١٨ق) وبأنه "والمرض الذى يطول أمده عن سنة لا يعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت وطأته وهو لا يعتبر كذلك إلا فى فترة الشدة الطارئة ، وحكمة ذلك أن فى استطالة المرض على حاله ما يدفع عن المريض اليأس من الحياة يلحق بالمألوف من عاداته وأن فيما قد يصيبه من شدة ما يقطع عنه الرجاء ويشعره بدنو أجله ، وما يعتبر بهذا الوصف شدة المرض هو من الأمور الموضوعية التى يستقبل بتقديرها قاضى الموضوع ولا سبيل للجدل فيه أمام محكمة النقض" (نقض٢٣/١١/١٩٥٠ طعن٢٠٩ س١٨ق)

**الشرط الثانى : أن يكون المقصود بالتصرف التبرع** : فيشترط كذلك أن يكون التصرف الصادر من المورث فى مرض الموت قد قصد به التبرع ذلك أنه من المحتمل وإن كان هذا نادرا ، أن يكون المورث قد تصرف فى مرض موته معاوضة لا تبرعا ، وأكثر ما يقع ذلك فى عقد البيع ، فإن كان الثمن لا محاباة فيه فإن البيع ينفذ فى حق الورثة ، وتسرى عليه أحكام البيع لا أحكام الوصية. وقد نصت المادة٤٧٧ مدنى على أنه: "١-إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت البيع ، فإن البيع يسرى فى حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلا فيها البيع ذاته. ٢-أما إذا كانت

هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى فى حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشترى للتركة ما بقى بتكملة الثلثين".

**وقد قضت محكمة النقض بأن**" مفاد نص المادتين٤٧٧ ،٩١٦ من القانون المدنى أن العبرة فى اعتبار التصرف مضافا إلى ما بعد الموت أن يكون على سبيل التبرع أو أن يكون الثمن يقل عن قيمة المبيع بما يجاوز ثلث التركة فإذا أثبت الورثة أن البيع تم فى مرض الموت اعتبر البيع على سبيل التبرع ما لم يثبت المشترى عكس ذلك " (جلسة١٩٩١/٢/٢٧ الطعن رقم١٢٨٢ لسنة٥٣ق) وبأنه" لما كان المشرع فى المادتين٤٧٧ ،٩١٦ من التقنين المدنى لم يستلزم لاعتبار التصرف وصية سوى أن يصدر فى مرض الموت وأن يكون مقصودا به التبرع ولم يستوجب المشرع فى هذه الحالة أن يحتفظ المتصرف بحيازة المبيع والانتفاع به طوال حياته "(جلسة١٩٨٣/١١/٢٧ الطعن رقم١٠١١ لسنة٤٧ ق س٣٤ ص١٩٤٢) وبأنه "المادة٩١٦ من القانون المدنى تنص فى فقرتها الثالثة على أنه "إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك" فإن مؤدى ذلك أنه إذا ثبت صدور التصرف فى مرض الموت ، فإن البيع يكن هبة مستترة ، ولا يؤبه بالثمن المكتوب فى العقد ، وإنما يكلف المشترى بإثبات أنه دفع ثمنا فى البيع ومقدار هذا الثمن الذى دفعه قبل التقرير بمدى سريان البيع فى حق الورثة إعمالا لحكم المادة٤٧٧ من القانون المشار إليه " (جلسة٢٠٠١/٢/٢٠ الطعن رقم٥١٩١ لسنة٦٣ق) وبأنه" يدل نص المادة٤٧٧ والمادة٩١٦ من القانون المدنى على أنه إذا أثبت الورثة أن البيع صدر فى مرض موت مورثهم ، فإن المشرع يفترض أن البيع هو فى حقيقته هبة ما لم ينقض المشترى هذه القرينة القانونية غير القاطعة بإثبات أنه دفع ثمنا للمبيع لا يقل عن قيمته ، فيكون البيع صحيحا نافذا فى حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم لانتفاء شبهة المجاملة فى الثمن ، وإذا ثبت أن ما دفعه من ثمن يقل عن قيمة المبيع بمقدار الثلث ، فإن البيع يسرى أيضا فى حق الورثة لدخول ما تمت المحاباة فيه من الثمن فى نطاق ما يجوز الإيصاء به ، وفى الحالتين لا يكون ثمة محل لتحقيق صدور البيع فى مرض الموت ، أما إذا جاوزت الزيادة الثلث ، فإن البيع يأخذ حكم الوصية ولا يسرى فى حق الورثة فى حدود هذه الزيادة – إلا

بإجازتهم ، أو بتقايضهم ما يكمل ثلثى التركة من المشترى ، وعندئذ يتعين تحقيق الدفع بصدور البيع فى مرض الموت "(جلسة١٢/٦/٢٠٠١ الطعون أرقام١٨٥٩ ،٢٤٤٤ ،٢٤٤٧ سنة٧٠ق) وبأنه" يشترط لاعتبار التصرف طبقا لنص المادة٩١٦ من القانون المدنى أن يصدر فى مرض الموت وأن يكون مقصودا به التبرع ونية المتصرف فى تصرفه هى المعول عليها وإستظهار هذه النية مسألة موضوعية لا تدخل فيها لمحكمة النقض ما دامت الوقائع التى سردتها المحكمة والظروف التى بسطتها فيه تؤدى إلى النتيجة القانونية التى قررتها "(جلسة١٦/٤/١٩٨٤ الطعن٧٦٨ لسنة٤٩ ق س٣٥ ص١٠٠٣)

**كما قضت محكمة النقض بأن**" الإقرار الحاصل فى مرض الموت لغير وارث على سبيل التبرع يصح اعتباره فى حكم الوصية ، فينفذ فى ثلث التركة "(نقض مدنى٢٧ أبريل سنة١٩٥٠ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء٢ ص١٢٠٤ رقم٧)

- **إثبات أن التصرف قد صدر من المورث فى مرض الموت** :

عبء إثبات أن التصرف قد صدر فى مرض الموت يقع على الورثة ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن ، لأنهم إنما يثبتون واقعة مادية.

- **عدم الاحتجاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا** :

رأينا أن العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة٩١٦ مدنى أنه "لا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا". ويقصد بالسند هنا سند التصرف الصادر من المورث ومفاد هذه الفقرة أنه إذا كان سند التصرف يحمل تاريخا عرفيا من شأنه أن يجعل التصرف صادرا فى وقت سابق على مرض الموت فلا يكون هذا التاريخ حجة على الورثة.

- **التمسك بصورية تاريخ التصرف** :

إذا كانت الفقرة الثانية من المادة٩١٦ من القانون المدنى قد نصت على أنه لا يحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر فى مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ، إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف صدر فى تاريخ آخر توصلا منهم إلى إثبات أن

صدوره كان فى مرض الموت ، فإذا عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور فى العقد حجة عليهم باعتبارهم خلفا لمورثهم" (نقض٦/١٢/١٩٧٧ س٢٨ ص١٧٤٢)

**وقد قضت محكمة النقض بأن**" كانت المادة٩١٦ من القانون المدنى قد نصت على أنه لا يحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر فى مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ، إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف صدر فى تاريخ آخر توصلا منهم إلى إثبات أن صدوره كان فى مرض الموت فإذا عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور فى العقد حجة عليهم باعتبارهم خلفا لمورثهم "(نقض١١/٥/١٩٦٧ طعن٤٥ س٣٤ق) وبأنه" قد استقر قضاء محكمة النقض على أن الوارث لا يعتبر من الغير فى معنى المادة٢٢٨ من القانون المدنى بالنسبة إلى التصرف الصادر من مورثه بل يكون تصرف المورث حجة على الوارث وعلى ورثته من بعده ولو لم يكن تاريخه ثابتا ثبوتا رسميا. ولكن إذا كان الورثة يطعنون فى التصرف بأنه صدر احتيالا على القانون فأرخ تاريخا غير صحيح كان لهم أن يثبتوا بأى طريق من طرق الإثبات عدم صحة تاريخه "(نقض٣/٢/١٩٤٩ طعن١٠٩ س١٧ق) وبأنه "ويترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى فى حقه ما يسرى فى حق السلف بشأن هذا العقد ، فلا يشترط إذن ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة للخلف أو عليه ، لأنه يعتبر قائما بمقام المورث ، ويلتزم بتنفيذ ما التزم به مورثه طالما أن العقد قد نشأ صحيحا ، وخلصت له قوته الملزمة " (نقض١١/٥/١٩٧٢ طعن٣٤٦ س٣٦ق) وبأنه" لا تثريب على محكمة الموضوع إن هى اتخذت من تراخى الطاعن فى تسجيل عقد البيع الصادر له من مورثه قرينة ضمن قرائن أخرى على أن العقد صدر فى فترة مرض موت البائع وإن تاريخه قدم لستر هذه الحقيقة إذ هى لم تجاوز سلطتها فى تقدير الأدلة وفهم الواقع فى الدعوى "(نقض٣/٥/١٩٥١ طعن٨٨ س١٩ق) وبأنه "وأن الوارث يحكم كونه خلفا عاما لمورثه – لا يمكن أن يعد من الغير فى معنى المادة٢٢٨ من القانون المدنى ، بل حكمه – بالنسبة إلى المحررات غير الرسمية التى يكون المورث طرفا فيها – حكم مورثه فتاريخها يكون – بحسب الأصل حجة عليه ولو لم يكن ثابتا ثبوتا رسميا سواء

كانت صادرة إلى وارث أو إلى غير وارث. ولكن إذا ادعى الوارث أن تصرف المورث كان غشا واحتيالا على القانون وإضرارا بحقه الشرعى فى الميراث فطعن فيه بأنه صدر فى مرض الموت أو أن تاريخه غير صحيح فيجوز له أن يثبت مدعاة ويكون عليه عبء الإثبات إذ هو مدع والبينة على من ادعى وتطلق له كافة طرق الإثبات إذ المضرور بالغش لم تكن له خيرة فيه فلا وجه للتضييق عليه فى إثباته بحصره فى طريق دون طريق. فإذا كانت المحكمة حين قضت ببطلان البيع الصادر من المورث إلى بعض ورثته قد أسست ذلك على أن المدعين الذين يطعنون فى العقد بصدوره فى مرض الموت وهم ورثة للبائع لا يحاجون بتاريخ عقد البيع غير المسجل بزعم أنهم من الغير وجعلت التحقق من قيام حالة مرض الموت منوطا بالتاريخ الثابت ثبوتا رسميا دون التاريخ الأول "العرفى" غير آبهة لدفاع من صدر لهم العقد بعد قيام حالة المرض فى ذلك التاريخ غير الثابت رسميا فأن حكما بذلك مخالفا للقانون إذ هذا التاريخ يكون حجة على هؤلاء الورثة إلى أن يثبتوا عدم صحته"(نقض٢١/١٠/١٩٤٨ طعن٧٧ س١٧ ق) وبأنه "الوارث وإن كان لا يرتبط بالتاريخ العرفى الوارد فى ورقة التصرف الصادر من مورثه متى كان له قانونا حق الطعن فى ذلك التصرف ، إلا أنه ليس له أن يطالب بعدم الاحتجاج عليه بذلك التاريخ لمجرد كونه غير ثابت بصفة رسمية. بل كان ماله هو أن يثبت بكافة الطرق القانونية أن التصرف المطعون لم يصدر فى تاريخه العرفى وإنما صدر فى تاريخ آخر ليتوصل من ذلك إلى أن صدوره كان فى مرض الموت فيكون باطلا. ذلك لأن حق الوارث يتعلق قانونا بمال مورثه بمجرد حصول مرض الموت فلا يملك المورث بعده حق التصرف فى ماله الذى يعتبر فى حكم المملوك لوارثه ، مما يقتضى أن تكون العبرة فى هذه المسألة هى بصدور التصرف فعلا فى أثناء مرض الموت بصرف النظر عن التاريخ الموضوع له ، وإذن فإذا كان الحكم لم يعتبر التصرف الصادر من المورث لبعض الورثة لمجرد كون تاريخه عرفيا ، وأن المورث توفى على أثر المرض ، دون بحث فى حقيقة التاريخ المدون فى العقد والتحقق من أن التصرف إنما صدر فعلا فى مرض الموت فإنه يكون مخطئا فى تطبيق القانون "(نقض١٥/٤/١٩٤٣ طعن٦٤ س١٢ق)

**كما قضت بأن**"الوارث لا يعتبر من الغير فيما يختص بالتصرفات الصادرة من المورث إلا إذا كان التصرف قد صدر فى مرض الموت إضرار بحقه فى الميراث. فإذا كان التاريخ المدون فى ورقة التصرف سابقا على بدء مرض الموت وغير ثابت رسميا فإن كل ما يكون للوارث هو أن يثبت بجميع الطرق أن هذا التاريخ غير صحيح ، وأن العقد إنما أبرم فى مرض الموت. وإذن فإذا كان الحكم لم يقم وزنا للتصرف الصادر من أب لابنه لمجرد أن تاريخه عرفى ، وأن الأب المتصرف توفى على أثر مرض أصابه دون البحث فى صحة هذا التاريخ والتحقيق من أن التصرف حصل بالفعل فى مرض الموت فإنه يكون مخطئا " (نقض١٨/١٢/١٩٤١ طعن٢٩ س١١ق) وبأنه" الوارث يعتبر فى حكم الغير فيما يختص بالتصرف الصادر من مورثه فى مرض الموت إضرارا بحقه المستمد من القانون. ولذلك فإن له أن يطعن على هذا التصرف وأن يثبت مطاعنه بجميع طرق الإثبات. وإذا كان التاريخ المدون بالتصرف غير ثابت رسميا فإن له – مع تمسك الوارث الذى صدر لمصلحته هذا التصرف بهذا التاريخ أن يثبت حقيقة التاريخ بجميع طرق الإثبات أيضا "(نقض٢٣/١/١٩٤١ طعن٤٤ س١٠ق) وبأنه" الوارث لا يعتبر فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان فى ظاهره بيعا منجزا إلا أنه فى حقيقته يخفى وصية إضرارا بحقه فى الميراث أو أنه صدر فى مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك فى حكم الوصية لأنه فى هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التى قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التى تعتبر من النظام العام" (طعن رقم١٦٣٦ لسنة٤٩ ق جلسة٢٤/٣/١٩٨٣)

- **التمسك بصدور التصرف فى مرض الموت** :

مفاد النص فى المادتين٤٧٧ ،٩١٦ من القانون المدنى أن البيع الحاصل فى مرض الموت يعد قرينة على أنه تبرع تسرى عليه أحكام الوصية ما لم يثبت المشترى أن العقد صحيح ودفع فيه ثمن حقيقى ، أما إذا إنطوى البيع على محاباة بأن زادت قيمة المبيع على الثمن بما لا يجاوز الثلث سرى البيع فى حق الورثة ، فإذا جاوز هذا القدر فلا يسرى فى حقهم إلا إذا أجازوه ، والمقصود بمرض الموت هو المرض

الشديد الذى يعجز فيه المريض عن القيام بمصالحه العادية ويغلب فيه الهلاك ويشعر بدنو أجله ثم ينتهى بالوفاة ، وعلى محكمة الموضوع التثبيت من توافر تلك الشروط عند قضائها باعتبار التصرف صادرا فى مرض الموت وفى حالة توافرها لا تقضى برفض دعوى المشترى بصحة التعاقد بل يجب عليها الفصل فيها باعتبار العقد وصية لا بيعا" (جلسة٢٨/١١/٢٠٠٥ الطعن رقم٢٧٣١ لسنة٦ ق)

**وقد قضت محكمة النقض بأن**" وإذا كانت المحكمة قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية فى التقدير أن المورث لم يكن مسلوب الإرادة ولا مريضا مرض الموت وقت صدور التصرف ولذلك فإنه يأخذ حكم تصرف السليم ، وكان ما استخلصته فى هذا الشأن لا يخالف الوقائع الثابتة التى استندت إليها وتضمنت الرد الكافى على ما آثاره الطاعنون ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى القانون والقصور يكون فى غير محله" (نقض١٣/٦/١٩٦٠ طعن٤٢٥ س٢٥ق) وبأنه" إذا كان يبين من أسباب الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع استخلصت اشتداد وطأة المرض وتزايده على البائعة من ظروف الدعوى وملابستها ومن إقدام زوج البائعة والمشترى منها على أخذ تصديقها على البيع يوم وفاتها بمنزلتها وقبل أن يتم كاتب التصديقات مأموريته – ولما كان الظرف الأخير لا يدل بذاته على تزايد المرض واشتداد وطأته على البائعه فى الفترة التى حصل فيها التصرف كما لا يدل عليه أيضا مجرد إشارة المحكمة إلى ظروف الدعوى وملابساتها دون بيان لهذه الظروف والملابسات – فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى القول بأن العقد محل الدعوى صدر من البائعة وهى فى مرض الموت يكون قد عاره قصور فى التسبيب يستوجب نقضه "(نقض١١/٦/١٩٥٩ طعن١٥٦ س٢٥ق) وبأنه "وجه القصور فى الحكم المتقدم ، أنه لم يتحقق من توافر عناصر مرض الموت فى التاريخ الذى أبرم فيه العقد الابتدائى ، فقد يتم ذلك حال صحة البائع أو حال مرض لا تتوافر فيه عناصر مرض الموت ، بينما تتم إجراءات العقد النهائى بعد توافر هذه العناصر ، فالعبرة بوقت تحرير العقد الابتدائى وليس بوقت تحرير العقد النهائى "(قرب نقض٢١/٦/١٩٧٢) وبأنه "متى كان الحكم إذ نفى حصول البيع فى مرض موت البائع قد قرر للأسباب السائغة التى أوردها أنه فى الوقت الذى تصرف فيه كان فى حال صحته ، وأنه سابق على فترة مرض عادى لا يغلب فيه الهلاك ، فأن هذا الذى

قرره لا عيب فيه " (نقض١٠/١٢/١٩٥٣ طعن١٨٧ س٢١ق) وبأنه "متى كانت المحكمة وهى فى صدد عقد طعن فيه بأنه صدر فى مرض موت البائعة ، قد استخلصت من أقوال الشهود أن البائعة أصيبت بمرض يغلب فيه الهلاك وأنه انتهى فعلا بوفاتها ، فأن فى هذا الذى قررته بما يكفى فى اعتبار أن التصرف حصل إبان مرض موت المتصرف ويكون فى غير محله النعى عليه بمخالفة القانون فى هذا الخصوص " (نقض٨/٥/١٩٥٢ طعن١٧٤ س٢٠ق)

**كما قضت محكمة النقض بأن**" ويشترط لاعتبار التصرف وصية طبقا لنص المادة٩١٦ من القانون المدنى أن يصدر فى مرض الموت وأن يكون مقصودا به التبرع ونية المتصرف فى تصرفه هى المعول عليها ، واستظهار هذه النية مسألة موضوعية لا تدخل فيها لمحكمة النقض مادامت الوقائع التى سردتها المحكمة فى حكمها والظروف التى بسطتها فيه تؤدى إلى النتيجة القانونية التى قررتها"(نقض١٦/٤/١٩٨٤ طعن٧٦٨ س٤٩ق ، نقض٢٧/١٢/١٩٨٣ طعن١٠١١ س٤٧ق) وبأنه" وإذا كان الحكم قد انتهى إلى أن التصرف المطعون فيه لم يقصد به الإيصاء ، ولم يصدر من المورث فى مرض الموت ، وإنما هو بيع منجزا استوفى أركانه القانونية ومن بينها الثمن فهذا حسبه ، للرد على طلب بطلان العقد لمخالفته لقواعد الإرث"(نقض٧/٣/١٩٧٢ طعن٨٩ س٣٧ق) وبأنه" لا يكفى لاعتبار الدفاع متضمنا الطعن فى التصرف بصدوره من الورثة فى مرض الموت مجرد الإشارة فيه إلى أن المورثة كانت مريضة بمرض ما ، بل يجب أن يبدى هذا الطعن فى صيغة صريحة جازمة تدل على تمسك صاحبه بأن التصرف صدر فى مرض الموت ومقصودا به التبرع فتسرى عليها أحكام الوصية ، وطالما أن الطاعن لم يتمسك بهذا الطعن أمام محكمة الموضوع فإنه لا يقبل منه التحدى به لأول مرة زمام محكمة النقض"(جلسة١٣/٢/١٩٦٩ الطعن رقم٤٧ لسنة٣٥ ق س٢٠ غ ص٣٤٩) من القرائن على صدور التصرف فى مرض الموت أن يكون البيع محررا بخط المشترى ولم يسجل ولا قبل وفاة البائع بيومين "(استئناف وطنى أول فبراير سنة١٩١٠ المجموعة الرسمية١١ رقم١٠٨ ص٢٩٦). ومنها تسجيل العقد تسجيل تاريخ قبل الوفاة بمدة قليلة ثم تسجيله بعد الوفاة تسجيلا تاما (استئناف وطنى٢٤ ديسمبر سنة١٩١٣ الشرائع١ رقم٢٠٤ ص٩٥) ومنها أن يكون العقد قد

حرر قبل الوفاة بأيام قليلة ما لم يكن البائع قد مات فجأة (استئناف وطنى٢٥ نوفمبر سنة١٩١٤ الشرائع٢ رقم١١٨ ص١١٦). ولا مانع من الطعن فى التصرف بأنه صادر فى مرض الموت بعد الطعن فيه بالتزوير (محكمة مصر الوطنية٧٩ مايو سنة١٩٢٧ المحاماة٩ رقم٥٣٩ ص٩٩٦، وانظر فى إثبات مرض الموت الوسيط٤ فقرة١٨٠) وبأنه" لما كان المشرع فى المادتين٤٧٧ ،٩١٦ من التقنين المدنى لم يستلزم لاعتبار التصرف وصية سوى أن يصدر فى مرض الموت وأن يكون مقصودا به التبرع ولم يستوجب المشرع فى هذه الحالة أن يحتفظ المتصرف بحيازة المبيع والانتفاع به طوال حياته على نحو ما اشترط فى المادة٩١٧ من التقنين المدنى ، وإذ خلص الحكم المطعون فيه سائغا ، إلى أن تصرف المورثة للطاعن بموجب العقدين صدر فى مرض الموت فإن ما استطرد إليه الحكم بعد ذلك فى التدليل على احتفاظ المورث بالحيازة وبحقها فى الانتفاع طوال حياتها هى أسباب نافلة ويكون النعى عليها غير منتج " (جلسة٢٧/١١/١٩٨٣ الطعن رقم١٠١١ لسنة٤٧ ق س٣٤ ص١٩٤٢) وبأنه"مفاد نص المادتين٤٧٧ ،٩١٦ من القانون المدنى أن العبرة فى اعتبار التصرف مضافا إلى ما بعد الموت أن يكون على سبيل التبرع أو أن يكون الثمن يقل عن قيمة المبيع بما يجاوز ثلث التركة فإذا أثبت الورثة أن البيع تم فى مرض الموت اعتبر البيع على سبيل التبرع ما لم يثبت المشترى عكس ذلك "(جلسة٢٧/٣/١٩٩١ الطعن رقم١٢٨٢ لسنة٥٣ق) وبأنه" متى كان الحكم المطعون فيه لم يأخذ بما نص عليه فى عقد البيع المقول بصدوره من مورث الخصوم إلى ولده الطاعن فى فترة مرض موته من دفع الثمن قد استند إلى ما تبينه من مجموع التحقيقات وظروف الدعوى وملابساتها وكان الطاعن لم يقدر ما يثبت أنه تحدى لدى محكمة الموضوع بأنه دفع مقابلا لما اشتراه فإن ما ينعاه عليه الطاعن من بطلان لاستناده إلى وقائع لا تتفق مع الأوراق المقدمة فى الدعوى ولا تؤدى إلى ما انتهى إليه منها يكون فى غير محله" (نقض طعن٨٨ س١٩ق) وبأنه" البيع الصادر فى مرض الموت لإبنة البائع يكون صحيحا فى حق من أجازة من الورثة ولو قضى ببطلانه بالنسبة لمن لم يجزه منهم. فإذا امتنع من أجاز البيع عن تسليم بعض الأطيان الواردة فى العقد إلى المشترية بدعوى أنها من نصيبه فى التركة فإن الحكم

عليــه لهــا بتثبيــت ملكيتهــا لهــذه الأطيــان يكــون صــحيحا ولا مخالفــة للقــانون فيه"(نقض٢٠/٥/١٩٣٧ طعن٧ س٧ق)

**كما قضت بأن**" ولا تتقيد التصرفات إلا ابتداء من مرض الموت ، أما قبل ذلك فالمالك الكامل الأهلية حر التصرف فى ملكه ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم ما لم تكن تصرفاته مشوبة بعيب من العيوب" (نقض٤/٦/١٩٣٦ طعن٢ س٦ ق) وبأنه "البيع فى مرض الموت لأجنبى يختلف حكمه فإن ثبت أنه هبة مستورة أى تبرع محض فحكمه أنه وصية لا تنفذ إلا فى ثلث تركة البائع ، وإن ثبت أنه عقد صحيح مدفوع فيه الثمن ولكن فيه شيئا من المحاباة فله حكم آخر. وعلى ذلك فإذا دفع ببطلان عقد بيع لكونه مزورا على البائع أو لكونه على الأقل صادرا فى مرض موته ، وقضت محكمة الدرجة الأولى بإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ونفى صدور العقد فى مرض الموت ، واستؤنف هذا الحكم التمهيدى فقضت محكمة الدرجة الثانية بإلغائه وتصدت لموضوع الدعوى فحكمت فيه بصحة العقد على أساس أن المشترى ليس وارثا وأنه لا محل إذن لتحقيق صدور العقد فى مرض الموت إلا إذا كان ثمت محاباة فى الثمن تزيد على ثلث مال البائع فى حين أن الطاعن فى العقد بينى طعنه على أن هذا العقد إنما هو تصرف بطريق التبرع الذى لم يدفع فيه ثمن ، فحكمها على أساس ذلك التوجيه ، وهو تصحيح عقد البيع واعتباره عقد بيع حقيقى فيه الثمن مدفوع فعلا مع عدم بيان الأسباب التى دعتها إلى رفض ما ادعاه الطاعن من عدم دفع الثمن ولا الأسباب التى أقنعتها بدفع الثمن ، هو حكم باطل لقصور أسبابه " (نقض٢٦/٤/١٩٣٤ طعن٧٧ س٣ق)

يتضح مما تقدم بأن المشرع قد وضع قاعدة قانونية فى حالة التصرف فى مرض الموت. وهذه القاعدة تقضى بأن "كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت يكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ، أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف (م٩١٦/١ مدنى). وظاهر أن هذه القاعدة مبينة على أن الشخص إذا أقدم على التبرع وهو فى المرض الذى يتربص به الموت لا يقصد فى الواقع تنجيز التبرع وإنما إضافته إلى ما بعد موته ، وذلك رغم إخراجه التصرف مخرج التصرفات المنجزة حال الحياة.

وكان الأصل يقتضى ، لأعمال هذه القاعدة ، أن يثبت الورثة الطاعنون على تصرف مورثهم فى مرض الموت صدور هذا التصرف منه بقصد التبرع. ولكن المشرع أقالهم من عبء هذا الإثبات عن طريق إقامة قرينة قانونية مؤسسة على حكم الغالب ، مقتضاها أن من يتصرف فى مرض الموت إنما يتصرف على سبيل التبرع لا على سبيل المعاوضة.

ولكن من الواضح أن هذه القرينة بسيطة ، إذ الأصل فى القرائن القانونية أنها غير قاطعة باعتبارها مؤسسة على الغالب فى العمل وقد تشذ بعض الحالات عن حكم هذا الغالب.

ولذلك يمكن للمتصرف إليه عكس مقتضى هذه القرينة (م٣/٩١٦) ، بأن يثبت أن المتصرف قد اقتضى مقابلا لهذا التصرف ، ولكن مع مراعاة وجوب أن يكون هذا المقابل مساويا لقيمة المتصرف فيه وقت الموت. فإن أثبت ذلك ، امتنع اعتبار التصرف مضافا إلى ما بعد الموت ، وامتنع بالتالى إجراء حكم الوصية عليه. ولكن إذا لم يتواصل المتصرف إليه إلى إثبات عكس مقتضى هذه القرينة وجب إعمال مقتضاها أى اعتبار التصرف صادرا على سبيل التبرع ، وهو ما يؤدى وفقا لحكم المادة١/٩١٦ إلى اعتبار التصرف – بالنظر إلى صدوره فى مرض الموت – مضافا إلى ما بعد الموت وإخضاعه بالتالى لحكم الوصية. وهذا هو الشأن كذلك ، حتى فى حال توصل المتصرف إليه إلى نقض مقتضى القرينة بإثبات أن التصرف كان بعوض ، إذا كان المقابل أقل من قيمة المتصرف فيه وقت الوفاة ، إذ حينئذ يكون القدر المحابى به وحده جاريا مجرى التبرع فيعتبر – لصدوره فى مرض الموت – مضافا إلى ما بعد الموت وخاضعا لحكم الوصية. وعلى أى حال ، فإذا كان المشرع بالقرينة القانونية التى أقامها يقيل الورثة من عبء إثبات صدور التصرف من مورثهم على سبيل التبرع ، فيبقى أنه يقع على عاتق الورثة – للإفادة من هذه القرينة – عبء إثبات صدور التصرف من مورثهم فى مرض الموت ولهم إثبات ذلك بكافة الطرق. ولكن يراعى أن التصرف إذا كان ثابت التاريخ فيكون تاريخه حجة عليهم. أما إذا لم يكن ثابت التاريخ ، فلهم بكافة الطرق إثبات عكس التاريخ المدون (م٢/٩١٦) أى إثبات تاريخ لا حق له يقع فى مرض الموت ، وذلك على أساس أنهم وأن لم يعتبروا غيرا فى شأن تاريخ تصرف مورثهم ، إلا أن تقديم التاريخ هو

تحايل على القانون يجوز للورثة إثباته بكافة الطرق خروجا على قاعدة وجوب إثبات ما يخالف الكتابة بالكتابة . (حسن كيرة ص٣٤٩ وما بعدها ، سليمان مرقص فقرة٦٧ ، عبد المنعم الصدة فقرة١٣٠ ، السنهورى فقرة٨٢)

*وتنص المادة ٩١٧ مدني على أن " إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك " .*

- **التصرف إلى وارث مع الاحتفاظ بالحيازة وبحق الانتفاع** :

إذا تصرف شخص إلى أحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك (م٩١٧ مدنى).

فالمشرع قد وضع قرينة قانونية بسيطة مؤداها أن المورث إذا تصرف فى عقار أو منقول واحتفظ لنفسه بحيازته لحساب نفسه وبالحق فى الانتفاع به مدى حياته أعتبر التصرف وصية مستورة فى هذا التصرف وسرت عليه أحكام الوصية فلا ينفذ فيما يجاوز ثلث التركة إلا بإجازة الورثة ، سواء كان التصرف لوارث أو لغير وارث ، كما يجوز الرجوع فيها على نحو ما أوضحنا عند تناولنا للمادة٩١٥ مدنى.

وقد كان القضاء ، فى عهد التقنين المدنى القديم ، يجعل إحتفاظ المتصرف بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى حياته قرينة قضائية على أن التصرف وصية ، لا سيما إذا إقترن ذلك بإشتراط عدم تصرف المشترى فى الرقبة طول حياة البائع ، وصحب ذلك عدم تسجيل عقد البيع.

وقد وضع المشروع التمهيدى لنص المادة٩١٧ مدنى سالفة الذكر فى وقت كانت الوصية للوارث فيه محظورة ، وكان الناس يتحايلون على هذا الحظر بستر وصاياهم فى صورة بيوع يحتفظون فيها بحيازة العين وبحق الانتفاع بها مدى الحياة. وقد تضاربت أحكام القضاء فى تكييف التصرف على هذا النحو ، هل هو تصرف منجز (بيع أو هبة) أو وصية مستترة. فحسم المشروع هذا الخلاف بأن قرر أن هذا التصرف يعتبر وصية ، ما لم يقم دليل على غير ذلك.

- **شروط القرينة المنصوص عليها فى المادة٩١٧ مدنى** :

تضمنت المادة٩١٧ مدنى قرينة قانونية بسيطة تدل على التصرف الصادر من شخص لأحد ورثته يعد تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية. ولقيام هذه القرينة يشترط توافر ثلاثة شروط هى :

**الشرط الأول** : **أن يكون المتصرف إليه وارثا** : فمن الشروط اللازمة لقيام القرينة المنصوص عليها فى المادة٩١٧ سالفة الذكر أن يكون المتصرف إليه وارثا.

**وقد قضت محكمة النقض بأن**" يشترط لانطباق المادة ٩١٧ من القانون المدنى أن يكون المتصرف إليه وارثا ، فإذا لم يتوافر هذا الشرط ،كان للوارث الذى يطعن على التصرف بأنه يستر وصية ، إثبات هذا الطعن بكافة طرق الإثبات ، وله فى سبيل ذلك أن يثبت احتفاظ المورث بحيازة العين المتصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها كقرينة قضائية ، يتوصل بها إلى إثبات مدعاه ، والقاضى بعد ذلك حر فى أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ بها ، شأنها فى ذلك سائر القرائن القضائية التى تخضع لمطلق تقديره "(نقض١٩٧٥/٦/٢٦ طعن١٥٥ س٤١ ق،١٩٧١/٣/١١ طعن٣٦٩ س٢٦ ق،١٩٦٩/١/٢ طعن٥٧٧ س٣٤ ق،١٩٧٧/٢/١ طعن٦٥ س٤١ق)وبأنه "دلت المادة٩١٧ من القانون المدنى على أنه من بين شروط إعمال هذا النص أن يكون المتصرف إليه وارثا للمتصرف وإذ كانت هذه الصفة لا تتحدد إلا بوفاة المتصرف ، مما لا يصح معه وصف المتصرف إليه بأنه وارث للمتصرف مادام الأخير على قيد الحياة ، فإن المورث لا يفيد من القرينة التى أقامتها هذه المادة"(طعن رقم١١٣ لسنة٤٦ ق جلسة١٩٧٩/٤/٥)

**الشرط الثاني** : **أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين مدى الحياة** : فيشترط أيضا لإعمال القرينة المنصوص عليها فى المادة٩١٧ سالفة الذكر أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين مدى الحياة. والحيازة المقصودة هنا هى الحيازة المادية التى تقوم على الركن المادى للحيازة. وهى واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق. كأن يقام الدليل على أن المتصرف كان يستعمل العين بنفسه أو يقوم بتأجيرها باسمه (محمود جمال الدين ذكى ص٣٣٢- عبد المنعم الصدة ص٨١٤). ويجب أن يكون للمتصرف إليه حق حيازة العين إما بموجب بند فى التصرف أو اتفاق مستقل عنه مع المتصرف إليه. أما مجرد احتفاظ المتصرف فعلا بحيازة العين حتى لو انتفع بها طوال حياته

دون الاستناد إلى حق يستطيع التمسك به فى مواجهة المتصرف إليه ، فلا يكفى لقيام القرينة القانونية.

**الشرط الثالث : أن يحتفظ المتصرف بالانتفاع بالعين مدى الحياة** : يجب لتحقق قرينة المادة٩١٧ من القانون المدنى ، أن يظل المتصرف منتفعا بالعين التى تصرف فيها مدى حياته ، وأن يستند فى ذلك إلى حق لا يستطيع المتصرف إليه حرمانه منه ، وتستخلص المحكمة توافر هذا الحق بتوافر شرطى تلك القرينة ، باعتبار أن الوصية ، سواء كانت سافرة أو مستترة ، هى تصرف مضاف إلى ما بعد الموت مما يحول دون المتصرف إليه ومطالبة الموصى بتنفيذ الوصية بنقل ملكية الشئ الموصى به إليه وإلا كان مصير هذا الطلب هو الرفض ، وبذلك يكون الموصى مستندا فى انتفاعه بالعين إلى حق لا يستطيع المتصرف إليه حرمانه منه ، ذلك أن التصرف إذا كان ساترا لوصية ، وتوافر شرطا القرينة ، فإنه يرتد إلى حقيقته ويعتبر وصية ويخضع لكافة أحكامها ، ومنها أن المتصرف حال إنتفاعه بالعين كان يستند إلى حق لا يستطيع المتصرف إليه حرمانه منه عندما كان المتصرف على قيد الحياة وظل هذا الحق ثابتا له حتى الموت ، فكان فى مركز قانونى قررته له أحكام الوصية ، باعتباره موصيا تظل له ملكية العين الموصى بها حتى مماته ، ويترتب على ذلك أن إنتفاعه بها يكون لحساب نفسه ، سواء إنتفع بها بنفسه أو بواسطة غيره حتى لو كان المنتفع هو المتصرف إليه ، أو كان إنتفاعهما مشاركة ، إذ العبرة بما قصد إليه المتصرف ، فيعتبر الانتفاع ثابتا للأخير وحده ، فى معنى المادة٩١٧ ، إذا كان قصده قد إنصرف إلى عدم تنجيز تصرفه وتعليقه إلى ما بعد موته (أنور طلبه ص٢٦٦).

**وقد قضت محكمة النقض بأن**: مفاد ما تنص عليه المادة ٩١٧ من القانون المدنى ، أن القرينة التى تضمنتها لا تقوم إلا بإجتماع شرطين أولهما هو إحتفاظ المتصرف بحيازته العين المتصرف فيها وثانيهما احتفاظه بحقه فى الانتفاع بها ، على أن يكون الإحتفاظ بالأمرين مدى حياته ومستندا إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريده منه ، فلا يكفى أن ينتفع المتصرف بالعين إنتفاعا فعليا حتى وفاته دون أن يكون مستندا فى هذا الانتفاع إلى مركز قانونى يخوله ذلك"(جلسة١/١٢/١٩٩١ الطعن رقم١٢٥٢ لسنة٥٣ق ، جلسة ١١/١١/١٩٨١ الطعن رقم٦٠٨ لسنة٤٨ ق س٣٢ ص ٢٠١٢،

جلسة١٩٨١/٢/١٧ الطعن رقم٩٠٨ لسنة٤٧ ق س٣٢ ص٥٣٩) وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة٩١٧ من القانون المدنى أن القرينة المنصوص عليها لا تقوم إلا باجتماع شرطين هما احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها واحتفاظه بحقه فى الانتفاع بها على أن يكون احتفاظه بالأمرين مدى حياته ، ولا يكفى لقيام هذه القرينة أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاعا فعليا حتى وفاته ، دون أن يكون مستندا فى هذا الانتفاع إلى مركز قانونى يخوله حقا لا يتأتى تجريده منه – لما كان ذلك – وكان البين من الأوراق أن محكمة الموضوع وقد أباحت للطاعن فرصة إثبات توافر هذه القرينة بشرطيها إلا أنه لم يثبت منها إلا مجرد إحتفاظ المورث بالحيازة مدى حياته ، وهو ما لا يكفى بذاته للقول بتوافر القرينة المذكورة على ما سلف بيانه ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإن النعى عليه بما ورد فى هذا الوجه والتناقض يكون بدورة على غير أساس "(نقض١٩٨٥/٤/٢ طعن١٩٠١ س٥١ )وبأنه " مفاد المادة ٩١٧ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن القرينة التى تضمنتها لا تقوم إلا باجتماع شرطين أولهما احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها ، وثانيهما احتفاظه بحقه فى الانتفاع بها على أن يكون احتفاظه بالأمرين مدى حياته ، ولقاضى الموضوع سلطة التحقق من توافر الشرطين للتعرف على حقيقة العقد المتنازع عليه ، والتحرى عن قصد المتصرف من تصرفه ، وذلك فى ضوء ظروف الدعوى التى أحاطت به مادام قد برر قوله فى هذا الخصوص بما يؤدى إليه. وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه قضى باعتبار التصرف محل النزاع مضافا إلى ما بعد الموت وقصد به الاحتيال على قواعد الإرث ، وتسرى عليه أحكام الوصية بناء على ما استخلصه من أقوال الشهود ومن الظروف التى أحاطت بالتصرف من أن المورث لم يقبض الثمن المسمى فى العقد ، وأنه احتفظ بحق الانتفاع لنفسه بالأرض موضوع التصرف طوال حياته ، ولم يقم الطاعنان بزراعة الأرض واستغلالها إلا باعتبارهما مستأجرين ونائبين عن والدهما ، وكان من شأن هذه الأدلة أن تبرر النتيجة التى انتهى إليها الحكم من أن نية الطرفين قد انصرفت إلى الوصية لا إلى البيع المنجز ، فإن النعى على الحكم – بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب يكون على غير أساس "(نقض١٩٧٣/٢/١٧ طعن٨ س٣٨ ق، نقض١٩٧٢/٣/٧ طعن٨٩

س٣٧ق ، نقض١٦/٦/١٩٧٠ طعن١٨١ س٣٦ق) وبأنه من المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أنه يشترط لتطبيق القرينة المنصوص عليها فى المادة٩١٧ من القانون المدنى أن يكون المورث فى تصرفه لوارث قد احتفظ بحيازة العين المبيعة واحتفظ بحقه فى الانتفاع بها وأن يكون إحتفاظه بالأمرين معا طيلة حياته إلا أن ذلك لا يحول دون حق المحكمة المقرر بالمادة١٠١ من قانون الإثبات فى إستنباط القرائن القضائية التى لم يقررها القانون وأن تستند إليها فى إثبات ما يجوز إثباته بشهادة الشهود ، لما كان ذلك وكان تصرف المورث تصرفا صوريا يخفى وصية إفتئاتا منه على قواعد الميراث المقررة بالقانون إضرارا بوارث آخر يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التصرف فيجوز له إثبات صوريته وأنه فى حقيقته وصية بجميع طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود والقرائن القضائية ، وكان الحكم المطعون فيه قد استنبط من أقوال شاهدى المطعون ضدهن أن تصرف مورثهن إلى القاصر المشمول بوصاية الطاعنة وهو عقد البيع المؤرخ١٥/٩/١٩٦٧ عقد غير منجز ولم يدفع له ثمن وينطوى على تصرف مضاف إلى ما بعد الموت وكانت هذه القرينة القضائية التى استنبطها الحكم قد أحاطت بعناصر الوصية من كونها تبرعا غير منجز ومضافا إلى ما بعد الموت فإنها تكون كافية لحمل قضائه دون ما حاجة إلى القرينة القانونية المنصوص عليها فى المادة٩١٧ من القانون المدنى "(جلسة٢٧/٢/١٩٨٣ الطعن رقم٤١٩ لسنة٤٢ ق س٣٤ ص٥٥٥).

**كما قضت محكمة النقض بأن**" المقصود من الإحتفاظ بالحق فى الانتفاع وفقا للمادة٩١٧ مدنى هو أن يكون المتصرف المنتفع بالعين مدى حياته مستندا إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريده منه. ويكون ذلك إما عن طريق إشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف فى العين ، أو عن طريق الإيجار مدى الحياة ، أو عن طريق آخر مماثل ومن ثم لا يكفى لقيام القرينة القانونية أن يحتفظ المتصرف بالحيازة والانتفاع لحساب الغير ولو كان ذلك لمدى حياة المتصرف ، إذ يكون الحق فى الانتفاع فى هذه الحالة مقررا لهذا الغير ، كما لا يكفى أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاعا فعليا حتى وفاته ، دون أن يكون مستندا فى هذا الانتفاع إلى مركز قانونى يخوله حقا فى الانتفاع. ومفاد ما تنص عليه المادة٩١٧ مدنى هو أن القرينة التى تضمنها لا تقوم إلا باجتماع شرطين ، أولهما هو إحتفاظ المتصرف بحيازة العين

المتصرف فيها ، وثانيهما إحتفاظه بحقه فى الانتفاع بها ، على أن يكون الإحتفاظ بالأمرين مدى حياته. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد إنتهى بأسباب سائغة إلى أن حيازة المورث للأعيان المبيعة منه إلى ورثته وإستغلاله لها بعد البيع لم يكن لحساب نفسه ، ولكن لحسابهم تنفيذا للتوكيل الصادر منهم إليه ، فإن الحكم يكون قد نفى إحتفاظ المورث بحقه فى الانتفاع بالأعيان المتصرف فيها مدى حياته ، مما تنتفى به القرينة القانونية الواردة فى المادة٩١٧"نقض مدنى٢٥ أبريل سنة١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض١٤ رقم٨٤ ص٥٧٩) وبأنه" من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة٩١٧ من القانون المدنى أن القرينة القانونية المنصوص عليها فيها لا تقوم إلا باجتماع شرطين الأول هو احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها. الثانى احتفاظه بحقه فى الانتفاع بهذه العين على أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى الحياة ، ولا يكفى لقيام هذه القرينة أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاعا فعليا حتى وفاته دون أن يكون مستندا فى هذا الانتفاع إلى مركز قانونى يخوله حقا فيه. وإذ كان يبين من أقوال الشهود التى أطمأن إليها الحكم المطعون فيه وأوردها فى أسبابه أن أحدا لم يشهد بأن المورث ظل منتفعا بالأعيان المتصرف فيها لحسابه الخاص باعتباره مالكا حتى وفاته ، فإن ما انتهى إليه الحكم من عدم قيام القرينة القانونية المنصوص عليها فى المادة٩١٧ من القانون المدنى ومن أن مجرد استمرار المورث واضعا يده على تلك الأعيان لا يتنافى مع تنجيز التصرف ليس فيه خروج على أقوال هؤلاء الشهود ولا مخالفة فيه للقانون" (نقض٦/٢/١٩٧٣ طعن س٣٨ق ، نقض٧/٣/١٩٧٢ طعن٨٩ س٣٧ ق)وبأنه"لا تقوم القرينة القانونية المنصوص عليها فى المادة٩١٧ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – إلا إذا كان المتصرف لأحد ورثته قد احتفظ لنفسه بحيازته للعين المتصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها على أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى حياته لحساب نفسه ومستندا إلى حق لا يستطيع المتصرف إليه حرمانه منه "(نقض٧/٣/١٩٧٢ طعن٨٩ س٣٧ق) وبأنه" القرينة المنصوص عليها فى المادة٩١٧ من القانون المدنى لا تقوم – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إلا إذا كان المتصرف لأحد ورثته قد احتفظ لنفسه بحيازته للعين المتصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها على أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى حياته لحساب نفسه ومستندا إلى حق لا يستطيع المتصرف

إليـه حرمانـه منـه "(نقـض١/٤/١٩٦٩ طعـن١٥١ س٣٥ ق). وبأنـه تقـوم القرينـة القانونيـة المنصوص عليها فى المـادة٩١٧ مـن القـانون المـدنى – على مـا جـرى بـه قضاء محكمة النقض – بإجتماع شرطين أولهما هو احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها والثانى هو احتفاظه بحقه فى الانتفاع بها لحساب نفسه مستندا إلى حق لا يستطيع المتصرف إليه حرمانه منه" (نقض١٩/١٢/١٩٦٧ طعن١٦٤ س٣٢ ق، نقـض٢٤/٦/١٩٦٥ طعـن٤٠٩ س٣٠ ق،نقـض٢٥/١٠/١٩٦٦ طعـن٦٩ س٣٢ ق،نقض٢٩/١١/١٩٦٦ طعن١٨٧ س٣٢ق)

**كذلك قضت محكمة النقض بأن**" أفادت المادة٩١٧ من القانون المدنى – وعلى مـا جـرى بـه قضـاء هـذه المحكمـة – أن القرينـة التى تضـمنتها لا تقـوم إلا باجتمـاع شرطين أولهما هو احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها ، وثانيهما احتفاظه بحقه فى الانتفاع بها على أن يكون ذلك كله مدى حياته ، ولقاضى الموضوع سلطة التحقق من توافر هـذين الشرطين للتعرف على حقيقة العقد المتنازع عليه والتحرى عن قصد المتصرف من تصرفه ، وذلك فى ضوء ظروف الدعوى التى أحاطت به مادام قد برر قوله فى ذلك بما يؤدى إليه ، ولا يجوز التحدى بعدم توافر هـذين الشرطين أو أحدهما استنادا إلى ما جاء فى صياغة العقد بشأنه ، لأن جدية العقد بوصفه عقد بيع هى بذاته موضوع الطعن عليه "(نقض١٠/٤/١٩٧٣ طعن١٠٩ س٣٨ ق،نقض١٦/٦/١٩٧٠ طعن١٨١ س٣٦ق) وبأنه" من المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أنه وأن كان صحيحا أن القرينة التى نصت عليها المادة٩١٧ من القانون المدنى ، لا تقوم إلا باجتماع شرطين هما احتفاظ المتصرف بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، إلا أن خلو العقد من النص عليهما لا يمنع قاضى الموضوع من استعمال سلطته فى التحقق من توافر هـذين الشرطين للوقوف على حقيقة العقد المتنازع عليه وقصد المتصرف من تصرفه وذلك فى ضوء الدعوى وملابساتها غير متقيد فى ذلك بما ورد فى العقد من نصوص صريحة دالة على تنجيزه ، لأن للوارث أن يثبت بطرق الإثبات كافة مخالفة هذه النصوص للواقع ، متى كان قد طعن فى العقد بأنه يخفى وصية احتيالا على أحكام الإرث" (نقـض٣٠/١/١٩٧٣ طعـن٤٧١ س٣٧ ق) وبأنـه "وأن كـان صـحيحا أن القرينة التى نصت عليها المادة٩١٧ من القانون المدنى لا تقوم إلا باجتماع شرطين

: هما احتفاظ المتصرف بحيازة العين التى تصرف فيها واحتفاظه بحقه فى الانتفاع بها مدى حياته إلا أن خلو العقد من النص عليهما لا يمنع قاضى الموضوع ، إذا تمسك الورثة الذين أضر بهم التصرف بتوافر هذين الشرطين رغم عدم النص عليهما فى العقد من استعمال سلطته فى التحقق من توافرهما للوقوف على حقيقة العقد المتنازع عليه وقصد المتصرف من تصرفه وذلك فى ضوء ظروف الدعوى وملابساتها غير متقيد فى ذلك بما ورد فى العقد من نصوص صريحة دالة على تنجيزه لأن للوارث أن يثبت بطرق الإثبات كافة مخالفة هذه النصوص للواقع متى كان قد طعن فى العقد بأنه يخفى وصية احتيالا على أحكام الإرث "(نقض١٨/٤/١٩٦٨ طعن٢٩٤ س٣٤ ق)

- **إثبات شروط القرينة** :

يقع عبء إثبات شروط القرينة المنصوص عليها فى المادة٩١٧ مدنى على من تمسك بهذه القرينة سواء كان وارثا ودائنا للتركة وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن القضائية.

**وقد قضت محكمة النقض بأن** "...لا يجوز التحدى بعدم توافر هذين الشرطين أو أحدهما استنادا إلى ما جرى فى صياغة العقد بشأنه لأن جدية العقد بوصفه عقد بيع هى بذاتها موضوع الطعن فيه"(طعن رقم١٨٧ لسنة٣٢ ق جلسة٢٩/١١/١٩٦٦) وبأنه "من المقرر – فى قضاء محكمة هذه المحكمة – أنه وإن كان صحيحا أن القرينة التى نصت عليها المادة٩١٧ من القانون المدنى ، لا تقوم إلا باجتماع شرطين هما احتفاظ المتصرف بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، إلا أن خلو العقد من النص عليهما لا يمنع قاضى الموضوع من استعمال سلطته فى التحقق من توفر هذين الشرطين للوقوف على حقيقة العقد المتنازع عليه وقصد المتصرف من تصرفه وذلك فى ضوء ظروف الدعوى وملابساتها غير متقيد فى ذلك بما ورد فى العقد من نصوص صريحة دالة على تنجيزه ، لأن للوارث أن يثبت بطرق الإثبات كافة مخالفة هذه النصوص للواقع ، متى كان قد طعن فى العقد بأنه يخفى وصية احتيالا على أحكام الإرث" (طعن رقم٤٧١ لسنة٣٧ق جلسة٣٠/١/١٩٧٣)وبأنه "عدم توافر القرينة القضائية المنصوص عليها فى المادة٩١٧ من القانون المدنى لا يحول دون استنباط قصد

الإيصاء وإضافة التصرف إلى ما بعد الموت من قرائن قضائية ، وكان مناط الأخذ بظاهر نصوص العقد المطعون بأنه فى حقيقته وصية أن يعجز الوارث الذى يطعن عليه بالصورية النسبية عن إثبات ما عناه ، فلا يجوز الأخذ بظاهر تلك النصوص "(جلسة١٦/٢/١٩٨٨ الطعن رقم١٨٩٨ لسنة٥٤ق) وبأنه "لا يجوز التحدى بعدم توافر شرطى القرينة الواردة فى المادة٩١٧ من القانون المدنى أو أحدهما استنادا إلى ما جاء فى صياغة العقد بشأنه ، لأن جدية العقد بوصفه عقد بيع هى بذاتها موضوع الطعن عليه" (طعن رقم٩٠٨ لسنة٤٧ ق جلسة١٧/٢/١٩٨١) وبأنه "جرى قضاء هذه المحكمة على أن القرينة المنصوص عليها فى المادة٩١٧ من القانون المدنى لا تقوم إلا باجتماع شرطين هما احتفاظ المتصرف بالعين التى تصرف فيها واحتفاظه بحقه فى الانتفاع بها مدى حياته... إلا أن خلو العقد من النص عليها لا يمنع محكمة الموضوع إذا تمسك الورثة الذين أضر بهم التصرف بتوافر هذين الشرطين رغم عدم النص عليهما فى العقد من التحقق من توافرهما للوقوف على حقيقة العقد المتنازع عليه وقصد المتصرف من تصرفه فى ظروف الدعوى وملابساتها" (طعن رقم٦٠٨ لسنة٤٨ق جلسة١١/١١/١٩٨١)

- **ويخضع توافر شروط هذه القرينة من عدمه لسلطة محكمة الموضوع دون معقب عليها من محكمة النقض** :

**وقد قضت محكمة النقض بأن** "والمقرر فى قضاء هذه المحكمة أن عدم توفر شروط قرينة المادة٩١٧ من القانون المدنى لا يحول دون استنباط قصد الإيصاء وإضافة التصرف إلى ما بعد الموت من قرائن قضائية أخرى ، ولئن كان استظهار هذه القرائن المؤدية إلى وصف العقد هو من المسائل التقديرية التى تستقل بها محكمة الموضوع متى كان بيانها سائغا إلا أن وصف العقد ذاته هو من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض٩/١٠/١٩٩١ طعن١٥٣٢ س٥٥ ق) وبأنه "التحقق من أحقية المورث فى الانتفاع بالعين المتصرف فيها مدى حياته لحساب نفسه استنادا إلى حق لا يستطيع المتصرف إليه حرمانه منه لثبوت قيام القرينة القانونية المنصوص عليها فى المادة٩١٧ من القانون المدنى ، هو من سلطة محكمة الموضوع بغير معقب من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغا". (طعن رقم٩٧٤ لسنة٥٣ ق جلسة٥/١/١٩٨٤). وبأنه المقرر فى قضاء هذه المحكمة

أنه ولئن كان لقاضى الموضوع مطلق السلطة فى تقدير الأدلة التى يأخذ بها فى ثبوت الصورية أو نفيها ، إلا أن مناط ذلك أن يكون الدليل الذى أخذ به مستمدا من أوراق الدعوى ومستخلصا منها ، استخلاصا سائغا ولا خروج فيه على ما هو ثابت بها كما أنه إذا لم يتحدث الحكم عن مستند هام فى الدعوى رغم تمسك الخصم ذى المصلحة بما فيه من دلالة على صحة دعواه فإنه يكون معيبا بالقصور – لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بصورية العقد المؤرخ ١٩٧٢/١٢/٣١ صورية نسبية على اطمئنانه إلى أقوال – شاهدى المطعون عليهم عدا الأخير من أن بيعا حقيقيا تم بينهم وبين مورث الطاعنين وأنه لم يقم بالدعوى دليل على احتفاظ المورث بحيازة العقار المبيع دون أن يعرض للمستندات التى قدمها الطاعنان تدليلا على احتفاظ المورث بحيازته العقار المبيع حتى وفاته وممارسته سلطته عليه وهى إيصالات تحصيل أجرة وحدات العقار المحررة بخطة وتوقيعه حتى وفاته ، وخطاب البنك الأهلى المصرى الذى يفيد حصول المورث. على قرض مقداره ٣٠٠ جنية بتاريخ ١٩٧٢/١٢/٢٤ لتشطيب شقة بالدور السادس بالعقار موضوع النزاع وحضر حصر تركته بتاريخ ١٩٨٠/٢/٤ والثابت به العقار ضمن عناصر تركته وموافقة المطعون عليها الأولى على ذلك ، ولم يبين دلالة هذه المستندات على احتفاظ البائع بحيازة العقار المبيع حتى وفاته ومدى تعارض ذلك مع شهادة شاهدى المطعون عليهم فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب (نقض ١٩٩١/٥/٢٦ طعن ١٦٥٣ س ٥٦ ق). وبأنه "لا تثريب على محكمة الموضوع أن هى استخلصت – ضمن الأدلة التى اعتمدت عليها – نية الإيصاء من تصرفات المورث الأخرى بما لها من سلطة موضوعية فى استنباط القرائن التى تأخذ بها من وقائع الدعوى والأوراق المقدمة فيها" (نقض ١٩٧٠/٦/١٦ طعن ١٨١ س ٣٦ ق).

- **القرينة المنصوص عليها بالمادة (٩١٧) مدنى لا تتعلق بالنظام العام :**

القرينة الدالة على ستر التصرف لوصية ، غير متعلقة بالنظام العام فلا تتصدى لها المحكمة من تلقاء نفسها ، وإنما يجب أن يتمسك بها الوارث الذى يطعن بصورية التصرف التستر ، ويجب أن يكون ذلك على نحو جازم يقرع به سمع المحكمة.

**وقد قضت محكمة النقض بأن**" التمسك بالقرينة الواردة بالمادة٩١٧ من القانون إنما يكون من صاحب المصلحة وليس لمحكمة الموضوع أن تتصدى له من تلقاء نفسها" (نقض٢/١/١٩٨٣ طعن١١ س٤٨ق)

- **أثر إثبات شروط القرينة** :

متى تثبت توافر شروط القرينة القانونية المحددة فى النص من كون المتصرف إليه وارثا (١) ، ومن احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته (٢) ، وأثبت باقى الورثة هذه الشروط (٣) ، وجب إعمال مقتضى القرينة وهو اعتبار مثل هذا التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية . (حسن كيرة ص٣٦٠)

**وقد قضت محكمة النقض بأن**"الوصية تنفذ من غير إجازة الورثة فى حدود ثلث التركة بعد سداد ديون الميت وهو ما يوجب على المحكمة – إذا وصفت العقد بأنه وصية – أن تستظهر عناصر التركة وتقدر صافى قيمتها ومقدار الثلث الذى يجوز فيه الإيصاء ، بغير إجازة – وتتناول التصرف المطروح عليها للتحقق مما إذا كان يدخل فى حدود الثلث فتقضى بصحنه فإن تجاوزت قيمته هذا النطاق قضت بصحة القدر الذى يدخل فى حدوده" (طعن رقم١٥٣٢ لسنة٥٥ ق جلسة٩/١٠/١٩٩١)

- **إثبات عكس القرينة** :

القرينة القانونية المنصوص عليها فى المادة٩١٧ مدنى سالفة الذكر مجرد قرينة بسيطة كما هو الأصل فى القرائن القانونية ، فيكون للوارث المتصرف إليه إثبات عكس مقتضاها. ويجوز له هذا الإثبات بجميع الطرق. فإذا لم يدحضها بدليل عكس وجب معاملة التصرف معاملة الوصية.

**وقد قضت محكمة النقض بأن**" القرينة المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى على ما صرح به عجز به عجز تلك المادة قابلة للدليل العكسى"(نقض ١٩/١٢/١٩٦٧ طعن١٦٤ س٣٢ق) وبأنه "مجرد بيع المورث حق الانتفاع بالعقارات موضوع الدعوى إلى ولديه القاصرين بعد أن كان قد تصرف إليهما فى حق الرقبة ، لا يمنع من اعتبار التصرف وصية وفقا للمادة٩١٧ من القانون المدنى ، إذ لا يعدو ذلك أن يكون بمثابة بيع الرقبة وحق الانتفاع ابتداء مع

النص على تنجيز التصرف ، وهو ما لا يحول بين الطاعنات – باقى الورثة – وبين إثبات مخالفة هذا النص للواقع" (طعن رقم٤٧١ لسنة٣٧ق جلسة٣٠/١/١٩٧٣)

- **الدفع ببطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية وهو فى حقيقته دفع بصورية العقد** :

الدفع ببطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية وإن وصف بأنه دفع بالبطلان إلا أنه فى حقيقته وبحسب المقصود منه وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة إنما هو دفع بصورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر لا يسقط بالتقادم لأن ما يطلبه التمسك بهذا الدفع إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذى قصده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التى يجب أن ترتيب على النية الحقيقة لهما. واعتبار العقد الظاهر لا وجود له وهذه الحالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم فلا يمكن أن ينقلب العقد الصورى صحيحا مهما طال الزمن . (طعن رقم١٠٩ لسنة٣٨ ق جلسة١٠/٣/١٩٧٣)

- **جواز الطعن فى التصرف بأنه يخفى وصية دون الإستناد إلى شرطى قرينة المادة (٩١٧) مدنى** :

يجوز للوارث أن يطعن أن التصرف يخفى وصية وأن يثبت دعواه بكافة طرق الإثبات وفيها القرائن القضائية إذا أخفق فى إثبات شرطى قرينة المادة٩١٧ من القانون المدنى ، وحينئذ يثبت بهذه الطرق حقيقة التصرف وأنه يخفى وصية إذ قصد بالتصرف الاحتيال على القانون لحرمانه من حقه فى الإرث وهو ما يجيز له الإثبات بكافة الطرق.

**وقد قضت محكمة النقض بأن**" يشترط لانطباق المادة ٩١٧ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون المتصرف إليه وارثا فإذا لم يتوافر هذا الشرط كان للوارث الذى يطعن على التصرف بأنه يستر وصية إثبات هذا الطعن بكافة طرق الإثبات ، وله فى سبيل ذلك أن يثبت احتفاظ المورث بحيازة العين المتصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها كقرينة قضائية يتوصل بها إلى إثبات مدعاه ، والقاضى بعد ذلك حر فى أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ بها شأنها فى ذلك سائر القرائن القضائية التى تخضع لمطلق تقديره (نقض١٥/٣/١٩٩٠ طعن٤٥٧ س٥٨ ق). وبأنه انتفاء شروط القرينة المنصوص عليها فى المادة٩١٧

من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا يحول دون استنباط إضافة التصرف إلى ما بعد الموت من قرائن أخرى قضائية ، وإذ كان تقدير الأدلة والقرائن والموازنة والترجيح بينها هو مما يستقل به قاضى الموضوع ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن عقدى البيع المؤرخين١٩٧٢/٢/٢٧ كان مضافين إلى ما بعد الموت وقصد بهما الإيصاء وإستدل على ذلك بما أورده فى مدوناته من أنه "ليس من المقبول عقلا أن يقوم المورث ببيع كل ما يملك دفعة واحدة وفى تاريخ واحد دون مبرر ثم يقوم باستئجار شقة يسكنها فى ملكه الذى باعه ثم يقوم الأبناء المشترون بمقاضاته عن الأجرة المتأخرة عليه وهو تقيم بذات المنزل حتى الآن ، وأن المحكمة تستشف من أحكام المطالبة بالأجرة المقدمة من المستأنف عليهما الأولين الكيد للمستأنفة يوصفها زوجة أبيهم وإخفاء معالم الصورية إذ أن هذا المسلك غير مألوف بين أبناء المورث أثناء مرضه إلى أن توفى حيث يقيمون فليس هذا موقف المتخاصمين ، وأن الثابت من عقد البيع المؤرخ ١٩٧٢/٢/٢٧ الخاص بالمنزل أنه قد أشير فيه إلى أن الثمن قد دفع من المشتريين حسب الفريضة الشرعية للذكر مثل حظ الأنثيين بما يشير إلى أن المورث قصد الإيصاء ولم يقصد البيع ، وأن الثابت من تقرير الخبير المقدم لمحكمة أول درجة ومن أقوال شاهدى المستأنفة التى تطمئن إليها المحكمة أن المورث كان يحتفظ بالحيازة وحق الانتفاع بالأعيان المبيعة حتى وفاته وأن المستأنفة قد خلفته فى ذلك بعد مماته وحتى الآن بالنسبة للمنزل ، وأن المستأنف عليهما الأولين فقيران ولا يمكنهما دفع ثمن الأعيان المبيعة حتى وفاته وأن المستأنفة قد خلفته فى ذلك بعد مماته وحتى الآن بالنسبة للمنزل ، وأن المستأنف عليهما الأولين فقيران ولا يمكنهما دفع ثمن الأعيان المبيعة خصوصا وأن الثمن فوق طاقتهما" ، وإذ كان هذا الذى أقام الحكم قضاءه عليه سائغا وله أصل ثابت بالأوراق ومن شأنه أن يؤدى إلى النتيجة التى أنتهى إليها فإن ما يثيره الطاعنون فى هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض ولا يغير من ذلك ما تزيد فيه الحكم من القول بتوافر القرينة القانونية المنصوص عليها فى المادة٩١٧ من القانون المدنى متى كانت سائر الأسباب كافية لحمل قضائه ومن ثم فإن النعى بهذا الوجه يكون على غير أساس" (نقض١٩٨٧/٣/٢٤ طعن١٢٥٨ س٥٣ ق) وبأنه" من المقرر فى

قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لتطبيق القرينة المنصوص عليها فى المادة٩١٧ من القانون المدنى أن يكون المورث فى تصرفه لوارث قد احتفظ بحيازة العين المبيعة واحتفظ بحقه فى الانتفاع بها وأن يكون احتفاظه بالأمرين معا طيلة حياته إلا أن ذلك لا يحول دون حق المحكمة المقرر بالمادة١٠١ من قانون الإثبات فى استنباط القرائن القضائية التى لم يقررها القانون وأن تستند إليها فى إثبات ما يجوز إثباته بشهادة الشهود. لما كان ذلك وكان تصرف المورث تصرفا صوريا يخفى وصية افتئاتا منه على قواعد الميراث المقررة بالقانون إضرارا بوارث آخر يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التصرف فيجوز له إثبات صوريته وأنه فى حقيقته وصية بجميع طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود والقرائن القضائية ، وكان الحكم المطعون فيه قد استنبط من أقوال شاهدى الطعون ضدهن أن تصرف مورثهن إلى القاصر المشمول بوصاية الطاعنة وهو عقد البيع المؤرخ١٩٦٧/٩/١٥ عقد غير منجز ولم يدفع له ثمن وينطوى على تصرف مضاف إلى ما بعد الموت وكانت هذه القرينة القضائية التى استنبطها الحكم قد أحاطت بعناصر الوصية من كونها تبرعا منجز ومضافا إلى ما بعد الموت فإنها تكون كافية لحمل قضائه دون ما حاجة إلى القرينة القانونية المنصوص عليها فى المادة٩١٧ من القانون المدنى "(نقض١٩٨٣/٢/٢٧ طعن٤١٩ س٤٢ ق) وبأنه" ما ورد بالمادة٩١٧ من القانون المدنى ، لا يعدو أن يكون تقريرا لقيام قرينة قانونية لصالح الوارث تعفيه من إثبات طعنه على تصرفات مورثه التى أضرت به بأنها فى حقيقتها وصية ، إلا أنه لما كان لهذا الوارث أن يطعن على مثل هذا التصرف بكافة طرق الإثبات ، لما هو مقرر من أنه لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث وإنما من القانون مباشرة ، على أساس أن التصرف قد صدر إضرارا بحقه فى الإرث الذى تتعلق أحكامه بالنظام العام ، فيكون تحايلا على القانون ، فإنه يكون للوارث عند عدم توافر شروط القرينة القانونية الواردة بالمادة٩١٧ من القانون المدنى أن يدلل بكافة طرق الإثبات ، على احتفاظ المورث بحيازة العين التى تصرف فيها كقرينة من القرائن القضائية يتوصل بها إلى إثبات مدعاه بأن المورث قصد أن يكون تمليك المتصرف إليه مضافا إلى ما بعد الموت ، وبذلك لم يتخل له عن الحيازة التى يتخلى له عنها لو كان التصرف منجزا ، والقاضى بعد ذلك حر فى أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ بها ، شأنها فى ذلك

شأن سائر القرائن القضائية التى تخضع لمطلق تقديره" (نقض١١/٣/١٩٧١ طعن٣٦٩ س٣٦ ق،نقض٥/١/١٩٧٦ طعن٣١٨ س٤١ق)

- **الفيصل فى اعتبار التصرف ساترا لوصية أم منجزا** :

الفيصل فى اعتبار التصرف ساترا لوصية أم منجزا ، هو القصد الذى إتجهت إليه نية المتصرف فكانت إرادته ، فإذا إنصرفت إرادته إلى التبرع بالشئ وإرجاء التنفيذ إلى بعد موته ، كان التصرف وصية ، وله حينئذ صياغتها فى الشكل الذى يتطلبه القانون لها فتكون سافرة ، فتتطابق إرادته الباطنة مع إرادته الظاهرة. وقد يصوغها فى الشكل الذى يتطلبه القانون فى عقد من العقود ، فتكون مستترة فى هذا العقد ، فلا تتطابق إرادته الباطنة مع إرادته الظاهرة ، فيكون العقد الظاهر صوريا صورية نسبية بطريق التستر ، وفى الحالتين ، حالة الوصية السافرة وحالة الوصية المستترة ، تكون بصدد وصية تخضع لأحكام قانون الوصية رقم٧١ لسنة١٩٤٦ ويطبق مباشرة على الوصية السافرة ، ولا يطبق على الوصية المستترة إلا بعد إثبات أن العقد يستر وصية . (أنور طلبه ص٢٧٥)

**وقد قضت محكمة النقض بأن**" يشترط – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لاعتبار العقد ساترا لوصية أن يثبت اتجاه نية المتصرف إلى التبرع وإضافة التمليك إلى ما بعد موته" (نقض١٠/٤/١٩٨٥ طعن٣٠٠ س٥٠ ق ، نقض١٢/٦/١٩٨٦ طعن٩ س٥٣ ق،نقض١٧/٤/١٩٨٨ طعن١٢٢٦ س٥٤ق)

ويجب على المحكمة أن تستخلص قصد المتصرف من وقائع الدعوى وما تدل عليه مستنداتها وما يقرره الشهود ، وقد لا تدل الدلالة المطروحة على هذا القصد صراحة ، وحينئذ تعمل المحكمة قواعد التفسير لإستخلاصه من دلالة ما يطرح عليها ، فإذا غم الأمر عليها وثار الشك فى حقيقة القصد ، أخذت بالعقد الظاهر ، وهو أقرب إلى ما إتجهت إليه إرادة المتعاقدين. وعندما تستخلص المحكمة قصد المتصرف ، لا تعتد بما تضمنه العقد المطعون فيه ، فقد يتضمن ما يفيد توافر شرطى قرينة المادة٩١٧ من القانون المدنى ، أو ما ولا يقطع تسليم العقد للمتصرف إليه فى أن العقد حقيقى ومنجز ، بحيث إذا طعن الورثة فيه بالصورية النسبية بطريق التستر ، فإن المحكمة لا تعتبر العقد منجزا لمجرد وجوده مع المتصرف إليه ، وإنما يجب عليها أن تستخلص قصد المتصرف على نحو ما تقدم ، فإن تبين لها إنصراف

هذا القصد إلى إضافة التمليك إلى ما بعد الموت ، قضت باعتباره وصية ، أما إن تبين لها إنصراف القصد إلى التمليك المنجز ، رفضت الطعن بالصورية.

**وقد قضت محكمة النقض بأن**: تسليم المستند الذى يتضمن التصرف المطعون عليه بأنه ينطوى على وصية للمستفيد منه ، ليس من شأنه أن يدل بمجرده على تنجيز التصرف (نقض ١٩٧٠/٢/١٤ طعن٥٣٥ س٣٥ ق)

- **كما أن تسجيل العقد لا يقطع بتنجيز التصرف وبانتفاء قصد الإيصاء ، إلا إذا إستخلصت المحكمة ذلك من وقائع الدعوى وما قدم من مستندات دون اعتداد بتسجيل العقد** :

**وقد قضت محكمة النقض بأن**" إذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت فى حدود سلطتها التقديرية إلى أن التصرف الصادر من المورث إلى بعض الطاعنين لم يكن منجزا وأنه يخفى وصية للأسباب السائغة التى أوردتها ومنها الحكم الصادر فى الدعوى رقم٨١ سنة١١ ق المنصورة والذى قضى باعتبار العقد الصادر من المورث إلى فريق من الطاعنين هو فى حقيقته وصية ، فإنه لا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع أى أثر فى تصحيح التصرف أو نقل الملكية لأن التسجيل لا يصح عقدا باطلا ولا يحول دون الطعن فيه بأنه يخفى وصية" (نقض١٩٧٧/١٢/١٣ س٢٨ ص١٧٧٤)

أما إذا إستخلصت المحكمة إتجاه قصد المتصرف إلى تنجيز التصرف ، رغم تراخى التسجيل ، فأنها ترفض الطعن بصوريته.

**فقد قضى بأن** " التراخى فى تسجيل التصرف لا يخرجه عن طبيعته ولا يغير من تنجيزه" (نقض١٩٦٨/٢/١٣ طعن١٦٩ س٣٣ق) وبأنه "كذلك عجز المتصرف إليه عن دفع الثمن المسمى فى عقد البيع لا يعد دليلا على أن العقد يخفى وصية ، وهذا ما أكدته محكمة النقض بقولها " بأن عجز المتصرف إليه عن دفع الثمن المسمى فى عقد البيع لا ينهض بذاته دليلا على أن العقد يخفى وصية ، إذ لا يتعارض ذلك مع تنجيز التصرف واعتباره صحيحا سواء أكان العقد فى حقيقته بيعا أو هبة مستترة فى عقد بيع استوفى شكله القانونى "(نقض١٩٨٥/٤/١٠ طعن٣٠٠ س٥٠ ق) وبأنه" متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى صحيحا إلى تنجيز التصرف ، فأنه لا يتعارض مع تنجيزه – وعلى ما جرى به قضاء محكمة

النقض – عدم استطاعة المتصرف إليه دفع الثمن المبين بالعقد لأن التصرف الناجز يعتبر صحيحا سواء أكان العقد فى حقيقته بيعا أو هبة مستترة فى عقد بيع أستوفى الشكل القانونى (نقض٢٩/٣/١٩٧٩ طعن٢٤٠ س٤٦ ق). وبأنه وإذ اتخذ الحكم المطعون فيه من عجز الطاعنة (المشترية) من إثبات أدائها الثمن قرينة على أن العقد يخفى وصية ، فأنه يكون قد استند إلى قرينة فاسدة فى خصوصية هذه الدعوى ، لأن المطعون ضدها (البائعة) هى التى يقع على عائقها عبء إثبات صورية ما ورد فى العقد من أنها اقتضت الثمن المسمى فيه (نقض٥/١/١٩٧١ طعن٢٦٠ س٣٥ ق). وبأنه لا يمنع من تنجيز التصرف عدم استطاعة المتصرف إليهما دفع الثمن المبين بالعقد ذلك أن التصرف الناجز يعتبر صحيحا سواء كان العقد فى الحقيقة بيعا أو هبة مستترة فى عقد بيع مستوفيا شكله القانونى (نقض١٣/٢/١٩٦٨ طعن١٦٩ س٣٣ ق). وبأنه "متى كانت محكمة الموضوع إذ اعتبرت العقد المفرغ فى صيغة عقد البيع وصية ، قد حصلت ذلك مما ثبت لديها من أن المتصرف إليه لم يدفع ثمنا ، وأن العقد وجد فى خزانة المتصرف بعد وفاته ، وأنه كان يقبض أرباح السندات التى استحقت بعد صدوره منه ، فإنها تكون قد حصلت فهم الواقع فى الدعوى من أدلة مقبولة فعلا من شأنها أن تؤدى إلى ما ذهبت إليه". (طعن رقم٣٦ لسنة١٤ ق جلسة٩/١١/١٩٤٤).

- **انتفاء الأثر الرجعى للقرينة** :

القرينة المنصوص عليها بالمادة٩١٧ مدنى مستحدثه فى التقنين المدنى الحالى ومن ثم لا يكون لها أثر رجعى بالنسبة للتصرفات التى أبرمت مثل تاريخ نفاذ هذا التقنين وهو ١٥ أكتوبر سنة١٩٤٩.

**وقد قضت محكمة النقض بأن**" القرينة القانونية التى استحدثتها المادة٩١٧ من القانون المدنى الحالى ، متصلة بموضوع الحق اتصالا وثيقا ولا يجوز – وعلى ما جرى به قضاء النقض – أعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ سريانه" (نقض١٣/٢/١٩٦٨ س١٩ ص٣٧١ ونقض١٤/٥/١٩٦٤ س١٥ ص٦٧٣ ونقض٢٢/٤/١٩٦٩ س٢٠ ص٦٤٩) وبأنه" القرينة القانونية التى استحدثتها المادة٩١٧ من القانون المدنى الحالى متصلة بموضوع الحق اتصالا وثيقا ولا يجوز – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – أعمالها بأثر رجعى على

التصرفات السابقة على تاريخ سريانه" (نقض١٣/٢/١٩٦٨ طعن١٩٦ س٣٣ق ، نقض١٤/٥/١٩٦٤ طعن١٦٧ س٢٩ق) وبأنه" أقامت المادة٩١٧ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – قرينة قانونية من شأنها متى توافرت عناصرها أعفاء من يطعن فى التصرف بأنه ينطوى على وصية من إثبات هذا الطعن ونقل عبء الإثبات إلى عاتق المتصرف إليه ، وإذا كانت هذه القرينة مستحدثه ولم يكن لها نظير فى التقنين الملغى ، فلا يجوز إعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم لاتصالها بموضوع الحق اتصالا وثيقا – العبرة فى إعمال هذه القرينة هى بالتاريخ الذى انعقد فيه التصرف لا بتاريخ التسجيل ، لأن القرينة القانونية تخضع للقانون السارى وقت نشوء التصرف الذى رتب عليه المشرع هذه القرينة" (نقض٢١/٦/١٩٧٢ طعن٤١١ س٣٤ ق ،نقض٢١/٦/١٩٦٧ طعن٢٩٣ س٣١ق)وبأنه " أقامت المادة٩١٧ من القانون المدنى قرينة قانونية من شأنها – متى توافرت عناصرها – إعفاء من يطعن فى التصرف بأنه ينطوى على وصية من إثبات هذا الطعن ونقل عبء الإثبات على عاتق المتصرف إليه. والقاعدة الواردة بهذه المادة مستحدثه ولم يكن لها نظير فى التقنين المدنى الملغى إذ كان المقرر فى ظل ذلك التقنين أن الأصل فى تصرفات المورث أنها تعتبر صحيحة ملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها بأى طريق من طرق الإثبات فعبء الإثبات كان على من يطعن فى التصرف ولم يكن احتفاظ البائع بحقه فى الانتفاع بالعين المبيعة مدة حياته سوى قرينة قضائية يتوسل بها الطاعن إلى إثبات دعواه والقاضى بعد ذلك حر فى أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ كسائر القرائن القضائية تخضع لمطلق تقديره (نقض٢٢/٤/١٩٦٩ طعن٧٩ س٣٥ق) وبأنه"لما كانت القرينة القانونية التى استحدثتها المادة٩١٧ من القانون المدنى هى مما لا يجوز إعمالهما بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم لاتصالها بموضوع الحق اتصالا وثيقا فإن التصرفات السابقة على ١٥ أكتوبر سنة١٩٤٩ – تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم – لا يخضع لحكم المادة٩١٧ سالفة الذكر"(نقض ٢٢/٤/١٩٦٩ طعن٧٩ س٣٥ ق)

# الحقـــوق العينيـــة

وتنص المادة ٩٣٢ من القانون المدني على أن " تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بالعقد ، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقا للمادة٢٠٤ وذلك مع مراعاة النصوص الآتية ".

- **انتقال الملكية وغيرها من الحقوق العينية بالعقد** :

تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار على السواء بالعقد على أن يرد العقد على عين معينة بالذات مملوكة للمتصرف. ونقل الملكية فى المنقول بالعقد ظاهر. وإذا كانت الملكية فى العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل فإن معنى ذلك أن الملكية لا تنتقل إلا إذا تمت إجراءات التسجيل. ولكن الذى ينقل الملكية ، حتى فى العقار ، هو العقد لا التسجيل. ذلك أن التسجيل لا ينقل بذاته الملكية إلا فى نظام السجل العينى ، وهذا النظام لا يزال غير معمول به حتى اليوم وإن كان قد صدر به قانون كما سيجئ ، وحتى لو قلنا مع الرأى الراجح إن الملكية فى العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين إلا من وقت التسجيل ، فإن ذلك لا يمنع من أن الذى نقا الملكية هو العقد ، ولكن يتراخى أثره فى نقل الملكية إلى وقت التسجيل. والصحيح فى نظرنا أن العقد المسجل ينقل الملكية فى العقار فيما بين المتعاقدين منذ انعقاده لا من وقت التسجيل ولا ينفذ نقل الملكية فى حق الغير إلا من وقت التسجيل (السنهورى ص٣١٦).

- **انتقال الملكية بالعقد فى المنقول المعين بالذات** :

لقد أحال النص السالف الذكر فى انتقال الملكية بالعقد إلى المادة ٢٠٤ مدنى التى تنص على أن:"الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل". فنقل الملك إذن يسبقه التزام بنقل الملكية وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه مع مراعاة التسجيل فى العقار فتنتقل الملكية عن طريق تنفيذ هذا الالتزام.

**وقد قضت محكمة النقض بأن** "إذا كان المطعون ضده الأول قد قصر طلباته أمام محكمة الاستئناف على طلب تثبيت ملكيته للماكينة وحدها ، وكان هذا الطلب

ينصب على الآلة المتنازع عليها كما كانت قبل تثبيتها ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تقرير أن هذه الآلة ينطبق عليها عقد المطعون ضده الأول ، وأن ملكيته لها تثبت بهذا العقد دون تسجيل ، لأنه يقع على منقول. لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بتثبيت ملكيته على سند من ذلك العقد لا يكون مخطئا فى تطبيق القانون" (طعن رقم٤٥٢ لسنة٣٧ ق جلسة٢٨/١٠/١٩٧٢) وبأنه "إذا كانت ملكية المنقول تنتقل إلى المشترى بمجرد تمام البيع وكان ثمار الحدائق واقع على منقول مآلا وكان من آثار عقد الإيجار استحقاق المستأجر لمنفعة العين المؤجرة فيتملك الثمرات خلال مدة العقد" (طعن رقم٤٣٦ لسنة٤٨ق جلسة٨/١٢/١٩٨١) وبأنه "متى كان محل التزام المدين عينا معينة جاز للدائن أن يحصل على وضع يده عليها ما دامت مملوكة للمدين وقت التعهد أو آلت ملكيتها إليه بعده ولم يكن لأحد حق عينى عليها... إلخ" (طعن رقم١٦٤ لسنة ١٩ق جلسة٦/١٢/١٩٥١)

- **ويشترط لنقل الملكية بالعقد فى المنقولات المعينة بالذات ما يلى** :

**١ـ أن يكون المبيع موجودا** : يشترط لانتقال ملكية المنقول المعين بالذات ، فور العقد ، أن يكون موجودا وقت إبرام العقد ، وإذا كان الشئ المبيع غير موجود وقت العقد ، لكن محتمل الوجود مستقبلا ، فإن ملكيته لا تنتقل فورا ، فكيف تنتقل ملكيته فور العقد وهو لم يوجد بعد ، فإذا اتفق على أن يبيع أحدهما للآخر سلعة ستصنع مستقبلا ، فإن عقد البيع يكون صحيحا ، فبيع الأشياء المستقبلية لا يمنع من انعقاد العقد مادام محل الالتزام قابلا للوجود مستقبلا ، لكن لا تنتقل ملكية السلعة من البائع إلى المشترى إلا من الوقت الذى يوجد فيه المبيع.

**٢ـ أن يكون المبيع معيبا بالذات** : يشترط وفقا لنص المادة٢٠٤ مدنى مصرى/٢٠٧ مدنى ليبى أن يكون المبيع معيبا بذاته ، حتى تنتقل ملكيته من البائع إلى المشترى ، فور العقد ، كما أنه شرط تقتضيه طبيعة الأشياء. فالملكية حق من الحقوق العينية ، ومن ثم ، لا يتصور أن ترد إلا على شئ معين بالذات (سليمان مرقص ص٢٦٠ وما بعدها) والأشياء المعينة بالذات ، هى التى تحدد عن طريق بيان خصائصها وصفاتها ، وهى التى يختلف أحداها وتتفاوت ، ولا يقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى) ومع ذلك ، فقد رد

البيع على أشياء مثليه – وهى التى تعين ببيان نوعها ومقدارها ويحل بعضها محل بعض الوفاء – وتنتقل ملكيتها فور العقد ،وذلك إذا عينت بظروف من الزمان أو المكان بحيث تتميز عن غيرها ، وهذا يكون فى حالة بيع الجزاف . (السنهورى ص٤٢٧ ،٢٥٨)

فقد جاء فى نص المادة٤٢٩ مدنى مصرى أنه "إذا كان البيه جزافا ، انتقلت الملكية إلى المشترى على النحو الذى ينتقل به فى الشئ المعين بالذات ، ويكون البيع جزافا ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير البيع". وبناء على ذلك ، إذا اتفق البائع والمشترى ، على أن يبيع الأول للثانى محصول القمح أو الزيتون الناتج من أرض معينة ، وفى موسم معين ، فإن المبيع وهو من المثليات – يأخذ حكم المبيع المعين بالذات ، فتنتقل ملكيته فور البيع ، ويستوى أن يكون الثمن قد حدد جملة أو حدد بسعر الوحدة ، ويطبق هذا الحكم ولو ورد البيع على حصة شائعة من الشئ المعين جزافا كالنصف أو الثلث ، مادام قد ذكر مقدار المبيع ، لا بقصد تحديده عن طريق تعيين مقداره ، ولكن ذكر لتقدير الثمن ، كأن يقول البائع للمشترى ، بعتك نصف القمح الموجود فى هذا المخزن ، فالملكية تنتقل شائعة ، لأن البيع يرد على نصف ما هو موجود فى المخزن المعين ، أما لو قال له ، أبيعك ثلاثة أرادب من هذا القمح ، فهنا لا تنتقل ملكية المبيع ، إلا بإفراز الكمية المتفق عليها ، ومن ثم ، لا نطبق حكم المادة٤٢٩ مدنى على هذه الحالة الأخيرة. أما لو قال له بعتك كل القمح الموجود فى هذا المخزن بسعر الأرادب٢٠ جنيها ، فإن البيع يكون جزافا ، ورد على مثليات (القمح) ولم تحدد لا بنوعها ولا بمقدارها ولكن حددت بذاتها ، ولا يمنع من تطبيق حكم المادة٤٢٩ هنا ، أن الأمر يقتضى كيل القمح الموجود فى المخزن ، فذلك ليس مطلوبا لتعيين المبيع ، ولكن لمعرفة الثمن المطلوب دفعه . (سليمان مرقص ، مرجع سابق ، عبد الناصر العطار ص١٢٦)

٣ـ **أن يكون المبيع مملوكا للبائع** : قد يرد البيع شئ غير مملوك للبائع ، وفى هذه الحالة ، لا تنتقل الملكية فور العقد لاستحالة انتقالها قانونا ، من البائع إلى المشترى ، ففاقد الشئ لا يعطيه ، فإذا تملك البائع المبيع – فيما بعد – أصبح مالكا ،

فتنتقل الملكية منه إلى المشترى ، كذلك إذا أقر المالك الحقيقى هذا البيع ، فإنه يترتب على إقراره ، انتقال الملكية من البائع إلى المشترى.

٤ـ **أن لا يتفق المتعاقدان على إرجاء نقل الملكية إلى وقت لاحق** : تجدر الإشارة إلى أن القاعدة السابقة – انتقال ملكية المنقول المعين بالذات فور العقد – ليست من النظام العام ، فيجوز ، ومن ثم ، أن يتفق البائع والمشترى على إرجاء انتقال الملكية إلى وقت لاحق. كما يجوز أن يتم الاتفاق على تعليق البيع كله على شرط ، فالبيع بشرط التجربة مثلا ، هو بيع تتوقف آثاره على نتيجة التجربة ، كما يجوز للبائع أن يحتفظ بملكية المبيع لحين الوفاء بالثمن ، كما فى حالة البيع الإيجارى (انظر الخلاف حول ما إذا كان يصح إضافة الملكية إلى أجل من عدمه ، سليمان مرقص ، ص٢٦٢ وما بعدها ، السنهورى ص٤٢٠). مفاد ما تقد أنه بمجرد إبرام العقد الناقل للملكية ينشأ التزام فى ذمة البائع بنقل الملكية وهذا الالتزام يمكن تنفيذه عينا متى ورد على شئ معين بالذات مملوك للمتصرف وينقل الملكية من تلقاء نفسه فيما بين المتعاقدين فور تمامه فى المنقول المعين بالذات ولو قبل التسليم ، وذلك على التفصيل الذى أوضحناه بالمادة٢٠٤ فيما تقدم. أما فى العقار ، فقد أحالت المادة٩٣٢ إلى المادة٩٣٤ التى نصت على أن الملكية لا تنتقل فى المواد العقارية سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى ، وتوجب تلك الأحكام شهر التصرفات الناقلة للملكية فى العقار بطريق التسجيل.

وجاء بالمذكرة الإيضاحية أن تنتقل الملكية بالعقد فى المنقول المعين بالذات ولا حاجة للتسليم. فلو باع شخص سيارة معينة بالذات إلى آخر انتقلت ملكيتها إلى المشترى قبل التسليم. ولو باعها مرة ثانية إلى مشتر آخر ، كانت الملكية للمشترى الأول ، ولكن لو سلمها البائع للمشترى الثانى انتقلت الملكية من المشترى الأول إلى المشترى الثانى بالحيازة لا بالعقد.

***وتنص المادة ٩٣٣ مدني على أن " " المنقول الذى لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقا للمادة ٢٠٥".***

- **انتقال الملكية فى المنقول المعين بنوعه** :

المنقول الذى لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته أو يتقرر حق عينى أصلى عليه إلا بتعيينه وإفرازه (م٢٠٥ و٩٣٣).

ولكن لا يقتضى الإفراز التسليم حتما رغم تعاصرها فى كثير من الأحيان. ولذلك فرغم ثبوت الحق العينى للمتصرف إليه على المنقول المعين بنوعه بمجرد إفرازه ، إلا أن الخطر يتهدد هذا الحق فى حال عدم تسلم صاحبه المنقول المفرز إذ يكون لمن يحوز هذا المنقول بحسن نية وسبب صحيح الاستناد إلى قاعدة "الحيازة فى المنقول سند الحائز" واكتساب ملكيته أو الحق العينى الذى يدعيه. وعلى أى حال. فما دام إفراز المنقول المعين بالنوع شرطا جوهريا لا ينشأ الحق العينى دون توافره ، فمقتضى ذلك أن العقد بمفرده ليس مصدرا للحقوق العينية الأصلية على المنقولات المعينة بالنوع بل لابد أن تنضاف إليه واقعة مادية هى واقعة الإفراز ، فكأن المصدر حينئذ يكون مصدرا مركبا من العقد وهو تصرف قانونى ومن الإفراز وهو واقعة قانونية. (حسن كيرة ص٣٢٩)

مثال ذلك إذا باع تاجر مائة أردب من القمح الموجود بمخازنه ، فإن ملكية هذا القدر لا تنتقل إلى المشترى إلا إذا تم إفرازه وتجنيبه ، ومتى تم الإفراز ، أصبح هذا القمح مملوكا للمشترى فور الإفراز ، مما يحول دون البائع والتصرف فيه مرة أخرى وإلا تحققت مسئولية لإخلاله بإلتزامه بالضمان ، لكن إذا كان المشترى الثانى حسن النية لا يعلم بالتصرف السابق ، فإنه يتملك هذا القدر المفرز بالحيازة مما يحول دون المشترى الأول وتوقيع الحجز الإستحقاقى على هذا القدر بعد أن أنتقلت ملكيته إلى المشترى الثانى. وتنتقل ملكية المنقول المعين بنوعه بإفرازه ولو قبل التسليم ، ومتى ثم الإفراز ، أصبح المنقول معينا بذاته مما يحول دون البائع وإستبدال غيره به وإلا كان ملتزما بالضمان . (أنور طلبه ص٣٧٦)

**وقد قضت محكمة النقض بأن**" البيع "سيف" يتم بتسليم البضاعة عند الشحن وتنتقل ملكيتها إلى المشترى بوضعها على ظهر السفينة بحيث تصبح مخاطر الطريق على عاتقه ويلتزم البائع تبعا لذلك بالقيام بشحن البضاعة المبيعة وبإبرام عقد نقلها ودفع نفقات النقل ، وإبرام عقد التأمين عنها لصالح المشترى ولحسابه ووفقا للشروط المعتادة فى ميناء الشحن ، وإرسال المستندات المتعلقة بالبضاعة إلى

المشترى ، وهى سند الشحن المثبت لشحن البضاعة ووثيقة التأمين وقائمة البضاعة حتى يتمكن المشترى من تسلمها لدى وصولها ، والدفاع عن حقوقه إذا كان بها عجز أو تلف ، وإذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى أن البيع قد تم بطريق "سيف" وأن التأمين على البضاعة المرسلة إلى روتردام إنما كان لحساب ومصلحة المشترى المرسل إليه ، وأنه لذلك يكون وهو وحده صاحب الصفة والمصلحة فى مطالبة شركة التأمين بالتعويض عما أصابها من تلف ولا صفة للبائع فى هذه المطالبة لأن البضاعة خرجت من ملكيته ، لا يكون مخالفا للقانون"(نقض١٩/٦/١٩٦٩ طعن٣٤٤ س٣٥ ق) وبأنه "مفاد التعاقد بين البائع والمشترى على بيع البضاعة "فوب" أن يتم تسليم البضاعة فى ميناء القيام منذ شحنها على ظهر السفينة ، وأن تبرأ منذ ذلك الوقت ذمة البائع من الإلتزام بالتسليم وتنتقل ملكية البضاعة إلى الشركة المشترية التى تلتزم وحدها بمخاطر الطريق ، ويقع على عاتقها عبء التعاقد على نقل البضاعة من ميناء الشحن إلى ميناء الوصول والتأمين عليها ، ألا أن تنيب البائع فى إبرام هذا التعاقد لمصلحتها بوصفه وكيلا عنها" (نقض٢٧/١٢/١٩٦٦ طعن٦٤ س٣٠ ق)

- **جزاء عدم إفراز المنقول المعين بذاته** :

أن المادة٢٠٥ مدنى التى تشير إليها المادة٩٣٣ مدنى سالفة الذكر تنص على أنه: "١–إذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شئ لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشئ. ٢–فإذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضى ، أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشئ ، من غير إخلال فى الحاليتن بحقه فى التعويض". فيبين من نص الفقرة الثانية من هذه المادة أنه فى حالة إخلال المدين بإلتزامه يجوز للدائن الحصول على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين. بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يتخذ من الامتناع عن التنفيذ عينا ذريعة للمطالبة بتعويض نقدى يعادل قيمة الشئ. ولا يكون المطالبة استحالة التنفيذ ، وإنما يكون أساسها استيفاء الدائن للتعويض ، دون ممانعة من المدين ذلك أن من حق المدين أن يؤدى عين المعقود عليه ، لا قيمته. وللدائن فى كلتا الحالتين ، حالة الوفاء عينا وحالة الوفاء بمقابل ،

أن يقتضى فوق ذلك ما يجب له من تعويض عن التأخير فى التنفيذ (مذكرة المشروع التمهيدى. (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٥١٧)

*وتنص المادة ٩٣٤ مدني على أن " " فى المواد العقارية لا تنقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى.*

*ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التى يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أو غير ناقلة ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر" .*

- **عدم انتقال الملكية أو الحقوق العينية الأخرى في المواد العقارية إلا بمراعاة الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري** :

تحيل المادة السابقة في انتقال ملكية العقار إلى قانون تنظيم الشهر العقاري ، وهو القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ويبين هذا القانون التصرفات والأحكام القضائية والسندات التي يجب شهرها ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر .

- **نظم الشهر العقاري** :

ظهر نظام الشهر العقاري كوسيلة لضبط الملكية العقارية ، وقد ارتبط بها ، فهو إذاً ، قديم قدم الملكية العقارية ذاتها ، عرفه المصريون القدماء ، فقد ثبت أن الملكية لم تكن تنتقل إلا بعد إشهار التصرفات الناقلة للملكية ، حيث توجد سجلات خاصة معدة لهذا الغرض بها أسماء قطع الأرض وملاكها وما يحدث عليها من تصرفات ، وعرفه البابليون ، فقد رأى البعض ، أنهم أول من أقاموا نظاما لا يقل عن نظام التسجيل العقاري المعروف الآن ، فقد تم في عهدهم حصر الأراضي الزراعية وأثبتت على صحائف ، ثم قاموا بتحديد الأرض بواسطة علامات من الحجر كتب على كل منها اسم صاحبها مع بيان مساحتها وجيرانها الملاصقين ، ووضع نظير منها في المعبد الذي هو في نفس الوقت قصر المحكمة ، وكان إذا حدث انتقال للعقار من يد الى يد نص على ذلك في الصحيفة ، واعتبر سند الملكية هو نفس تلك الحجارة المحفوظة بالمعبد وعليها تعتمد الدولة في استخلاص المعالم . أيضا عرفه الليبيون القدماء ، فقد ثبت أنهم قاموا ببيع قطعة أرض لمؤسسة مدينة قرطاجه لتقيم مدينتها ، أى أنهم عرفوا العقود مما يقتضي وجود نظام لتوثيقها . (إبراهيم أبو النجار ص١٢ ، شفيق شحاته ، تاريخ القانون الخاص في مصر ص٤٢

وما بعدها ، محمود السقا ، محمد علي ، محمود شوقي ، الشهر العقاري علما وعملا ص٢)

ويهدف نظام الشهر كقاعدة ، الى تحقيق العلانية للتصرفات والحقوق المتعلقة بالعقارات ولذلك فهو يتضمن مجموعة من القواعد القصد منها تنظيم هوية كل عقار ، بحيث توضح على وجه الدقة معالمه وحدوده وأوصافه ومالكه ، وكيف انتقل العقار إليه ، وما على العقار من حقوق وما له ، مع ذكر أسماء أصحاب الحقوق المترتبة على العقار . (مأمون ، التحفظ العقاري في الحقوق العينية الأصلية والتبعية ص٩)

وتشترط الأنظمة الحديثة تسجيل الحقوق العينية المتعلقة بالعقار بوجه عام ، ويكون ذلك بإثبات التصرفات القانونية المنشئة لهذه الحقوق في سجلات معدة لذلك ، في ستطيع من يريد التعامل على العقار ، الحصول على البيانات المطلوبة وأخذ شهادات بها . (السنهوري ، البيع والمقايضة ص٥٤٥)

ويرجع ذلك الى أن الحقوق العينية بطبيعتها نافذة في حق الكافة ، فوجب شهرها أى إيجاد طريقة تيسر للمتعاملين عليها من العلم بوجودها ، حتى يعتد بها ويدخلها في حسابه عند التعامل ، فإذا اشترى شخص ما عينا ، سهل عليه قبل أن يقدم على شرائها أن يعرف الحقوق العينية المتعلقة بهذه العين والتي هى نافذة في حقه ، فلو كانت العين مرهونة مثلا استنزل مقدار الدين المضمون بالرهن من الثمن وقد تكون مملوكة لشخص آخر غير البائع فلا يقدم على الشراء أصلا . (السنهوري ، مرجع سابق ص٤٣٤)

وإذا كان المشرع قد تطلب شهر التصرفات التي ترد على العقار نظرا لأهميتها ، ولم يتطلب ذلك بالنسبة للمنقولات فإنه يجب إلغاء هذه التفرقة القديمة فلم يعد لها أساس خاصة وقد ظهرت منقولات تفوق في قيمتها وأهميتها العقارات ، لذلك تدخل المشرع وتطلب شهر السفن والطائرات والسيارات **E,du PONTAVICE; Fraude dand les trans ferts immobi liers et Securite ; MARTY ٦٤٩, P. ١٩٦٣des tiers, rev. Trim. De. Civil. , P. ٥٤. siery. N° ١٩٨٠e ed. ٢ET RAYNAUD, les biens** ٦٥، ، أما الوقائع المادية ، فهى لا تثبت كقاعدة عامة في محررات ، وعلى سبيل

الاستثناء قد يتطلبه المشرع كما هو الحال في واقعة الموت ، فهو يرتب آثارا قانونية كالحق في الإرث ، ولذلك أخضعه المشرع القانوني للشهر العقاري . (السنهوري ، المرجع السبق ص٥٤٦)

ويتحقق شهر الحقوق العينية الواردة على عقار ، بإثبات التصرفات القانونية في سجلات ، فيستطيع كل من له مصلحة الإطلاع على البيانات المدونة وأخذ شهادات بها ، ويتم إثبات التصرفات إما بطريقة التسجيل وإما بطريقة القيد . ويتطلب التسجيل **Transcription** التدوين الكامل لنصوص المحررات التي يراد شهرها ، فهو إذاً ، إثبات حرفي للمحررات المشتملة على التصرفات حتى يتمكن من له مصلحة من الإطلاع عليها ، وقد أخذ بهذه الطريقة في الحقوق العينية الأصلية . (الدكتور محمد سعد خليفة ، السجل العيني ص١٤)

أما القيد **inscription** فيتطلب تدوين أهم البيانات اللازمة التي يمكن بها تعيين الحق الوارد في المحرر ، فهو يقتصر إذاً ، على تدوين البيانات الجوهرية ، وقد أخذ به في الحقوق العينية التبعية .

**وتعرف النظم الحديثة** ، **نظامين للشهر** ، نظام الشهر الشخصي ، نظام الشهر العيني .

**أولا** : **نظام الشهر الشخصي** : يتميز نظام الشهر الشخصي بأن التسجيل فيه يتم طبقا لأسماء الأشخاص من ملاك وأصحاب حقوق عينية وليس طبقا للعقار ، ومن هنا كانت تسمية هذا النظام بنظام الشهر الشخصي . فالعقارات في هذا النظام لا تعرف بمواقعها وأرقامها ، وإنما تعرف بأسماء مالكيها ، وأصحاب الحقوق العينية عليها ، فقد يشتري شخص عقارا معينا ، فيسجل العقار باسمه في مكان معين من السجل . فإذا باع العقار بعد ذلك من شخص آخر ، سجل العقار باسم مالكه الجديد في مكان آخر من السجل ، وقد نشئ هذا الأخير حقا عينيا على العقار لصالح شخص ثالث ، فيسجل الحق على اسم هذا الشخص في مكان جديد ، وعلى هذا النحو تتوزع الحقوق الجارية على العقار على أماكن مختلفة من السجل ، باختلاف أسماء أصحاب هذه الحقوق ، فإذا أراد شخص أن يكشف على عقار لمعرفة ما يترتب عليه من حقوق عينية ، وما جرى عليه من تصرفات ، كان عليه أن يعرف اسم مالكيه السابقين ، وإذا تعدد هؤلاء وأولئك وجب عليه أن يبحث عن

أسمائهم جميعا ، فإذا أغفل واحدا منهم ، أو أخطأ في اسمه ، كان معرضا للحصول على بيانات غير دقيقة ، هذا فضلا عما قد يسببه تشابه الأسماء من مشاكل وأخطار حيث يحصل الخلط بين شخص وآخر يحملان نفس الاسم ، فتضاف تصرفات هذا الى ذاك ، أو العكس ، ويكثر حصول مثل هذا الخطأ في الأشخاص ، في بلد تتعدد فيه الأسماء وتتشابه ، كما في لبنان أو في مصر حيث يوجد العشرات أو المئات من الأشخاص يحملون نفس الاسم . (حسين عبد اللطيف حمدان ، أحكام الشهر العقاري ص١٣) ولعل من أبرز عيوب نظام الشهر الشخصي أنه يعتبر القيد أو التسجيل مجرد إجراء للشهر والعلانية ، وليس سببا لنشوء الحقوق العينية وانتقالها ، ولذلك فالتصرفات التي يتم شهرها في هذا النظام ، لا تخضع للتدقيق والبحث عن صحتها ، بل تشهر كما هى ، فإن كانت صحيحة ، بقيت صحيحة ، وإن كانت باطلة أو قابلة للإبطال ، بقيت على حالها باطلة أو قابلة للإبطال ، ذلك لأن الشهر في هذا النظام ليس من شأنه أن يطهر عيوب العقد . فالعقد المشهر يظل عرضة للطعن وطلب الإبطال لأى سبب من أسباب البطلان ، فإذا حكم بإبطال العقد المشهر ، وتم التأشير بهذا الحكم في هامش تسجيل العقد ، زال كل أثر لهذا التسجيل ، وإذا كان هذا المبدأ يستحيل لدواعى العدالة ، ووجوب حماية المالك الحقيق أو صاحب الحق الذي شاب رضاءه عيب ، أو وضع ضحية تزوير ، إلا أنه يتنافى مع ما يجب أن يتوفر للتسجيل بعد تمامه من حجية مطلقة ، وتؤدي الى عدم استقرار المعاملات ، وزعزعة الثقة بالملكية العقارية . ونظام الشهر الشخصي ، هو المتبع في فرنسا وفي معظم البلاد اللاتينية كبلجيكا وإيطاليا ، وهو المتبع كذلك في مصر (رغم صدور القانون رقم ١٩٦٤/١٤٢ القاضي بتقرير نظام الشهر العيني إذ أن هذا القانون لم يوضع موضع التنفيذ بعد) وفي دولة الكويت .

**ثانيا** : **نظام الشهر العيني** : في نظام الشهر العيني يتم شهر التصرفات وفقا للعقارات ، وليس وفقا لأسماء مالكيها أو أصحاب الحقوق العينية عليها كما يحصل في نظام الشهر الشخصي ، ومن هنا كانت تسميته بنظام الشهر العيني ، فلكل عقار في هذا النظام صحيفة في السجل العقاري يسجل فيها جميع ما يقع على هذا العقار من التصرفات وما يثقله من الحقوق ، وتعرف هذه الصحيفة باسم الصحيفة العينية ، وهى تحمل رقم العقار وتتضمن بيان ماهيته وموقعه ومساحته واسم

مالكه أو أسماء مالكيه – إذا تعددوا – وجميع الحقوق المترتبة له أو عليه ، بحيث يكفي لمن يريد التعامل في عقار أن يطلع على صحيفته العينية ، لكي يعرف بكل دقة ، كل ما يود معرفته عن هذا العقار ، كاسم مالك العقار ، والتصرفات التي وقعت منه في عقاره ، وما يثقل هذا العقار من الحقوق والأعباء ، فيقدم على التعامل وهو مطمئن ولا يتم التسجيل في الصحيفة العينية إلا بعد التحري عن صحة التصرفات المراد تسجيلها ، والتثبت من خلوها من كل ما يمنع تسجيلها ، فيتم التأكد من موقع العقار ورقمه ونوعه الشرعي وماهيته ومساحته ، ومن هوية المتصرف وأهليته ، ثم من ملكيته للعقار المتصرف به ، فإذا وجد أن التصرف صحيحا جرى تسجيله ، وإذا وجد معيبا ، امتنع هذا التسجيل ، ويشرف على السجل العقاري قاضي أو موظف آخر من حملة شهادة الحقوق ، وهو الذي يدقق في طلبات الشهر المقدمة ، ويأمر بعد الفحص والتحقيق بالتسجيل . (حسين عبد اللطيف حمدان ، مرجع سابق ص٢٨)

وبتمام التسجيل ينتقل الحق العيني من المتصرف الى المتصرف له . فالتسجيل وليس العقد أو التصرف هو الذي ينقل الحق العيني ، وينتقل الحق العيني بالتسجيل حتى ولو كان التصرف معيبا ، لأن التسجيل يطهر عيوب التصرف ، ولذلك تتمتع قيود السجل العقاري بحجية كاملة ، وإن من يكتسب حقا عينيا بالاستناد الى هذه القيود ، يعتبر مالكا لهذا الحق على وجه نهائي فلا تجوز منازعته فيه . وهذا أمر طبيعي طالما أن الموظف الذي يشرف على السجل لا يأمر بالتسجيل أو القيد إلا بعد أن يتحقق من صحة التصرف المطلوب شهره ، ونظام الشهر العيني هو المعتمد في لبنان وسوريا ، وفي بعض البلاد العربية الأخرى كتونس والمغرب وليبيا والعراق ، وهو المعتمد كذلك في بعض البلاد الأجنبية كألمانيا وأسبانيا واستراليا وغيرها .

- **قواعد نظام السجل العيني** : **يمكن إيجاز قواعد نظام السجل العيني في الآتي**:

١– إعداد سجلات مخصصة لغرض تقييد البيانات اللازمة للعقار تقسم على أساس الوحدة العقارية ، وبناء على هذه البيانات تصدر سندات جديدة للعقار تتضمن الحقوق التي ظهرت أثناء التسجيل . ٢– علانية الإجراءات التي تتم لتلك القيود وكذلك للقيود اللاحقة على التسجيل الأول وذلك باتخاذ عملية إشهار واسعة

النطاق تمكين الغير من العلم بها والمنازعة فيها . (الدكتور محمد خليفة ، مرجع سابق) ، ٣- ضرورة المراقبة المسبقة لكل العقود الخاضعة للتسجيل للتأكد من مشروعيتها قبل قيدها في السجل ، ٤- إضفاء الحجية على البيانات الواردة في السجل حتى تكون بمأمن من الاستيلاء على العقار بوضع اليد أو عرضه لأى منازعة حول الحقوق التي تنص عليها ، إلا في حالات خاصة محددة ، وعلى المتضرر أن يلجأ للتعويض ، ٥- تسهيل إجراءات نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى حتى يمكن تداول الملكية العقارية ، وأن التسجيل في هذا النظام يكون اختياريا للأفراد وإجباريا للدولة . (محمود العنابي ، قانون التسجيل التونسي علما وعملا ص٩ وما بعدها) ومع ذلك ، يرى البعض أن نظم السجل العيني لم يكن ابتكارا أصيلا لتورنس فقد عرف في فرنسا قبل الثورة ، ويرى البعض الآخر أن العرب قد عرفوه في وقت معاصر لظهور نظام تورنس ، كما أن الدولة العثمانية عندما بدأت في الإصلاح القانوني والإداري – في آخر عهدها – حاولت وضع نظام للملكية العقارية ، عرف بنظام الطابو . ( منصور وجيه ، إبراهيم أبو النجا ، محمد عبد الجواد) وقد أخذت بهذا النظام ألمانيا ، بقانون ٥ مايو سنة ١٨٧٢ وتأكد بالقانون الصادر في سنة ١٩٠٠ ، كما أخذت به سويسرا ، وأدخله الفرنسيون في تونس سنة ١٨٨٥ ثم أدخل عليه بعض التعديلات خاصة بمرسوم ٢٠ فبراير سنة ١٩٦٤وأخذ به في سوريا ولبنان والعراق ، والمغرب ، وليبيا ، وقد أخذت به مصر أيضا بالقانون ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ . (محمد خيري ، مرجع سابق ص٥١ وما بعدها) وقد أخذ على هذا النظام ، حاجته الى نفقات بالغة ، لأن الأخذ به يقتضي عمل مسح شامل لجميع الأراضي وإجراء تحقيق لإثبات صحة الحقوق العينية المتعلقة بكل عقار تمهيدا لإثباتها في السجل العقاري ، كما أنه يصعب تطبيقه في البلاد التي تتفتت فيها الملكية العقارية ، فضلا عن أنه يضحى بمصلحة المالك الحقيقي لصالح مكتسب العقار وذلك لما يتمتع به من قوة ثبوت مطلقة . (قائد سعيد ، السنهوري ، إبراهيم أبو النجا ، المرجع المشار إليها سابقا)

**ومن أهم مزايا هذا النظام** : ١- أنه يوفر الطمأنينة لكل من يتعامل على العقار وفق القيود والبيانات المدونة في السجل العقاري ، بما يضفيه على هذه القيود والبيانات من حجية كاملة ، ٢- أنه يتجنب العيوب والأخطار التي قد تنجم عن

تشابه الأسماء ، باعتماده العقار أساسا للتسجيل في السجل العقاري ، وليس اسم المالك أو صاحب الحق العيني ، ٣- أنه يصون الحقوق العينية العقارية من خطر اكتسابها بمرور الزمن (التقادم) لأن مرور الزمن لا يسري على الحقوق المسجلة في السجل العقاري ، ٤- أنه يؤدي إلى تثبيت مساحة العقار ، ويضمن عدم التعدي عليه أو الاستيلاء على أى جزء منه ، كما يضع حدا للمنازعات التي يمكن أن تثور بين الجيران بشأن الحدود ، ذلك لأن هذا النظام يوجب مسح العقارات وتحديدها ورسم خريطة شاملة لها يتم التسجيل على أساسها ، ٥- أنه يؤدي إلى استقرار الملكية ، وتوفير الثقة بها ، مما يشجع على التعامل في العقارات ويعزز الائتمان العقاري ، ولا يخفى ما لذلك من أثر في إنماء وازدهار الثروة العقارية .

- **الشهر العقاري في تطوره التاريخي** :

عرف الإنسان فكرة الشهر العقاري منذ أقدم العصور . ففي كل عصر من عصور التاريخ كان التصرف بالأرض يخضع لإجراءات شهر معينة ترمى الى تثبيت الملكية لأصحابها ، وحماية التعامل بها من الغش والخداع .

**ففي العصور القديمة** : يوم كانت الأرض موزعة بين الأسر لم تكن الأرض قابلة للانتقال إلا بموافقة جميع أفراد الأسرة ، وكان لكل واحد من هؤلاء حق الاعتراض (الفيتو) على عملية الانتقال ، وكان الانتقال يتم – بعد الموافقة عليه – بصورة علنية على مرأى ومسمع جميع أهل القبيلة أو العائلة ، ومن الأمثلة على ذلك ما ورد في سفر التكوين ، من أن إبراهيم عندما أراد دفن زوجته سارة التي توفيت في الغربة ، في قرية حبرون التابعة للكنعانيين خاطب بني حق قائلا : أنا غريب ونزيل عندكم ، أعطوني ملك قبر عندكم فأدفن ميتي من أمامي ، فأجاب بنى حث قائلين : إنما أنت زعيم الله فيما بيننا في خيار قبورنا ، ادفن ميتك فليس أحد منا يمنع منك قبره لتدفن فيه ميتك ، فقام إبراهيم وكلمهم قائلا : إن طالت نفوسكم أن أدفن ميتي من أمامي ، فاسألوا لي عفرون بن صوحر أن يعيني مغارة المكفيلة التي له في طرف حقله بثمن كامل ... فأجاب عفرون ألحني إبراهيم على مسامع بني حث أمام جميع الداخلين باب مدينته قائلا : لا يا سيدي . اسمعني ، الحقل وهبتك إياه والمغارة التي فيه ، لدى عيون بني شعبي ، فادفن ميتك . فسجد إبراهيم أمام شعب الأرض وكلم عفرون على مسامعهم قائلا : أسألك أن تسمع لي ، أعطيك ثمن

الحقل فخذه مني وأدفن ميتي هناك . فأجاب عفرون إبراهيم وقال له : يا سيدي اسمع لي أرض تساوي أربعمائة مثقال فضة ، ما عسى أن تكون بين وبينك ، ادفن ميتك فيها ، فلما سمع إبراهيم ذلك منه ، وزن له الفضة التي ذكرها على مسامع بني حث أربعمائة مثقال فضة . فوجب حقل عفرون .. والمغارة التي فيه ، وجميع ما فيه من الشجر ، بجميع حدوده المحيطة به ، ملكا إبراهيم بمشهد بني حث وجميع من دخل باب مدينته . ( فؤاد الصغير ، نظام الشهر العقاري ، أدوارد عيد ، الأنظمة العقارية)

**وفي عهـــد الرومــــان** :كان انتقال الملكية يتم بطرق ثلاث هى : الإشهاد (**mancipatio**) ، والدعوى الصورية (**in jure cessio**) ، والتسليم (**traditio**) فالإشهاد هو عملية رسمية لنقل الملكية تتمثل في احتفال يحضره المتصرف والمتصرف إليه وحامل الميزان ، وخمسة شهود من المواطنين الرومان البالغين ، وتبدأ إجراءات الإشهاد بان يقوم المتصرف إليه بإمساك ما يرمز الى العقار موضوع التصرف بين يديه ، ثم يضرب الميزان بقطعة البرونز ، ويسلمها الى المتصرف باعتبارها ثمنا للمبيع . أما المتصرف نفسه فقد كان يقف موقفا سلبيا . وبإتمام هذه الإجراءات ، تنتقل الملكية الى المتصرف إليه ، حتى ولو كان المتصرف الذي يستند إليه باطلا . أى أن هذه الإجراءات الشكلية هى التي كانت تنقل الملكية وليس التصرف . أما الدعوى الصورية (**in jure cessio**) فهى طريقة أخرى لنقل الملكية الرومانية ، وبمقتضاها يتفق البائع والمشتري على أن يقيم المشتري ضد البائع دعوى صورية يدعى فيها بملكية العقار المبيع . فيوافقه البائع على ذلك ، ويصدر حكم القاضي بإثبات الملكية للمدعى ، وبذلك تنتقل الملكية الى هذا الأخير . وأما انتقال الملكية بالتسليم (**traditio**) فلم يكن يتم بإجراءات شكلية رسمية ، كما هو الشأن في الإشهاد والدعوى الصورية ، بل كان يتم بمجرد تسليم العقار المبيع الى المشتري ، وكان التسليم في البداية يقتضي أن يصطحب الناقل من يريد اكتساب الملكية ويمر به في جميع أجزاء العقار ، وبذلك كان يتحقق التسليم الفعلي ، ثم تطورت هذه الطريقة ، فأصبح يكفي لتمام التسليم ، أن يقف البائع أو المتصرف بالعقار في مكان مرتفع ويشير للمشتري الى حدود العقار ، وبهذا الإجراء تنتقل إليه الملكية دون حاجة الى المرور في العقار ، كما كان الحال من قبل ، ويطلق على هذه الطريقة في التسليم اسم (التسليم باليد الطويلة) **longa**

marnu ، ويلاحـظ أن جميـع هـذه الطـرق لنقـل الملكيـة وبخاصـة الإشـهاد والدعوى الصـورية كانـت تـتم بإجراءات شكلية فيهـا مـن العلانيـة مـا يكفـل تثبيـت الملكيـة ، ومنـع الغـش والتحايـل فـي التعامـل . ( د/ توفيـق حسـن فـرج ، القـانون الروماني ص٢٩٣ وما بعدها)

**وفي الإســـلام** : لم يرد ما يوجب شهر العقود أو التصرفات القانونية على النحو الذي يحصل في نظام الشهر الشخصي أو نظام الشهر العيني . لا بل أن الشريعة الإسلامية جعلت العقود تتم بمجرد التراضي ، ولم تشترط لتمامها أن تتم في شكل معين ، وعلى هذا النحو كانت ملكية المنقول وغير المنقول في الشرع الإسلامي تنتقل بمجرد وقوع البيع ، ودون حاجة الى إجراء أية معاملة أخرى ، ولكن الشريعة الإسلامية الغراء وإن لم تشترط الشكلية في العقود والتصرفات ، إلا أنها حثت على توثيقها بالكتابة عند التداين ، لقوله تعالي "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين الى أجـل مسـمى فـاكتبوه ، وليكتـب بيـنكم كاتـب بالعـدل ..." (الآيـة ٢٨٢ مـن سـورة البقرة) ، وإذا كانت الكتابة في الأصل ، هى وسيلة لإثبات التصرف ، فإن حفظ ما يكتب ، وتنظيم الرجوع إليه لمعرفة ما تم إثباته ، هو مما يدخل في مدلول الكتابة وما ترمي إليه ، وعلى هذا النحو يمكن اعتبار حفظ المحررات وشهرها نوعا من التنظيم العملي لما تهدف إليه الآية الكريمة من حفظ أموال الناس وتنظيم المعاملات بينهم ، بما يوفر الحماية للحقوق ، والاستقرار في التعامل . ( سالم خليفة ، بحث ، حول نظام السجل العيني ص٢٦٠).

**وفي العصور الوسـطى** : لم يتغير الوضع كثيرا عما كان عليه من قبل . فبعد أن كانت الأرض موزعة بين الأسر والعشائر ، أصبحت موزعة بين الأسياد والإقطاعيين ، وبعد أن كان الأرض مجرد مصدر للرزق في الأسرة ، أصبحت مظهرا من مظاهر السلطة والجبروت في النظام الإقطاعي ، فكما كانت أراضي الزعيم أو السيد (le seigneur) واسعة ، كلما زادت سطوته واتسع سلطانه ، ولذلك كان الزعماء الإقطاعيون يتشددون في المحافظة على الأرض الخاضعة لسلطانهم ، وكان انتقالها من شخص الى آخر موقوفا على موافقتهم منعا لتسريها الى الغرباء ، وكانت هذه الموافقة تتم في إطار إجراءات صعبة ، تحولت مع الزمن الى وسيلة الى شهر

الانتقال وإعلانه وحماية المشتري من الغش والاحتيال . (حسين عبد اللطيف حمدان ، مرجع سابق)

**وفي العصور الحديثة**: وبعد أن زالت سلطة الأسياد والإقطاعيين ، وأصبحت الأرض قابلة للتملك من الكافة ، وخضعت تبعا لذلك القانون العرض والطلب ، فقد تحرر انتقال الملكية من القيود والإجراءات الشكلية السابقة ، وأصبحت الملكية تنتقل بمجرد الاتفاق والتراضي ، وكلن هذا الوضع خلق حالة جديدة من عدم الاستقرار ، وأصبحت الملكية العقارية عرضة للمنازعات المختلفة ، فقد يقدم المالك على بيع أرضه أكثر من مرة دون أن يتمكن المشتري من العلم بالبيوع السابقة على عقده ، وقد يكون البائع مجرد مالك ظاهري يتصرف بالأرض بصفته مزارعا أو مستأجرا أو شريكا يعمل لحسابه وحساب شركائه ، ولا يكون لدى المشتري وسيلة يقف بواسطتها على حقيقة يده على الأرض . ولذلك كان المشتري مضطرا لأن يجري تحقيقا دقيقا قبل إقدامه على شراء الأرض ، وغالبا ما كان يضطر لأن يستند الى ظاهر الحال ، ولكنه كثيرا ما كان يحجم عن إدخال أى تحسين على الأرض خوفا من أن يفاجأ بظهور المالك الحقيقي للأرض ، فتنزع يده ، وتضيع جهوده ، ويخسر ما يكون قد أنفقه على التحسين . (حسين عبد اللطيف حمدان ، المرجع السابق)

ويضاف الى ذلك أن المؤسسات المالية كانت بسبب عدم استقرار الملكية العقارية ، تحجم عن الإقراض لقاء تأمينات عقارية ، الأمر الذي كان يدفع بالمالك الى الاستلاف من المرابين بفوائد فاحشة ، أو الى صرف النظر عن تحسين الأرض ، وفي الحالتين كانت الخسارة فادحة ، وفي سبيل القضاء على حالة عدم الاستقرار هذه ، وتوطيد الملكية على أسس ثابتة تعزز الثقة فيها ، وتشجع عمليات التسليف العقاري وتنشط تجارة العقارات ، تبنت غالبية الدول نظام الشهر العقاري أو السجل العقاري الذي حقق الإعلان عن جميع المعاملات العقارية ، وأحاط الملكية والحقوق العينية الأخرى بالضمانات اللازمة لتثبيتها وتعزيز الثقة بها ، وقد ظهرت طلائع هذا النظام في أواخر القرن الثامن عشر ، ولكنه لم يستو نظاما له أهدافه وكيانه إلا في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين ، وكانت بروسيا أول دولة تأخذ به .

ففي كانون الأول سنة ١٧٨٣ أصدر ملكها فردريك الثاني ، إرادة سنية أنشأ بموجبها سجلات عقارية ذات صحائف متعددة ، يخصص فيها لكل عقار صفحة تقيد فيها جميع القيود والمعاملات المتعلقة به ، ولم يكن لتلك القيود في بادئ الأمر سوى مفعول إعلاني ، ولم تكتسب تلك القيود القوة الثبوتية التي لها اليوم ، إلا بعد صدور قانون ٥ أيار سنة ١٨٧٢ الذي أعطى قيود السجل العقاري قوة ثبوتية تامة ، بحيث أن عقود البيع والتصرفات الرضائية الأخرى لم تكن تعتبر صحيحة ونافذة حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ قيدها في الصحيفة العينية للعقار ، وقد أوجب القانون الروسي أيضا لأجل إتمام معاملة الشهر ، أن يمثل المتعاقدون أمام القاضي العقاري للتصريح أمامه علما وبصوت جهودي عن إرادتهما المتبادلة بالبيع والشراء ، فيصدر القاضي قرارا بتدوين هذا التصريح . (إدوارد عيد ، مرجع سابق ، فؤاد الصغير ، مرجع سابق)

وفي فرنسا : أقر المشرع نظام الشهر العقاري بموجب القانون الصادر بتاريخ ٢٨ آذار سنة ١٨٥٥ ، ويقضي هذا القانون بوجوب تسجيل العقود العقارية لمجرد الاحتجاج بها على الغير ، دون أن يعطي للعقد المسجل قوة وعلى هذا النحو يبقى العقد الناقل للملكية عرضة لطلب الإلغاء أو الإبطال ، لأى سبب من الأسباب المفضية الى ذلك ، وتبقى الملكية بسبب ذلك تعاني من عدم الثقة والاستقرار . (إدوارد عيد ، مرجع سابق ص١٧)

وكان المشرع الفرنسي قد حاول تنظيم الملكية العقارية وتركيزها على أسس متينة ، فشكلت لهذا الغرض لجنة من خارج البرلمان ، وذلك بموجب مرسوم تاريخ ٣٠ أيار سنة ١٨٩١ ، وقد أوصت اللجنة بعد دراسة استمرت حتى سنة ١٩٠٥ باعتماد نظام السجل العيني غير أن الدولة لم تأخذ بهذه التوصية نظرا لما يتطلبه تطبيق هذا النظام من نفقات باهظة ، وبسبب معارضة الكتاب العدول الذين كانوا يهيمنون على الملكية العقارية ، والذين من شأن هذا المشروع أن يحرمهم من امتيازات يتمتعون بها ، ذلك أنهم يحكم إطلاعهم على أسرار الملكية العقارية ومصادرها ، كانوا يفرضون وساطتهم على الأفراد ، بحيث لم يكن باستطاعة أحد أن يجري أى معاملة عقارية بدون وساطتهم ، وذلك تحت طائلة فقدان حقه . (إدوارد عيد ، مرجع سابق ص٤)

وقد أخذت بعد ذلك بنظام الشهر الشخصي بقانون أول آذار سنة ١٩١٨ ، ثم بقانون ٢٤ تموز سنة ١٩٢١ اللذان أقرا مبدأ الشهر الشخصي إما بالنسبة لعقود التأمين أو بالنسبة للعقود العقارية الأخرى ، كما أصدرت بتاريخ ٣٠ تشرين الأول سنة ١٩٣٥ مرسوما تشريعيا قضى بإخضاع التصرفات الكاشفة أو المقررة للملكية وكذلك الانتقال بسبب الوفاة ، والتي ظلت خارج نطاق قانون ٢٨ آذار سنة ١٨٥٥ لمعاملة التسجيل حتى يمكن الاحتجاج بها على الغير . (فؤاد الصغير ، مرجع سابق ، إدوارد عيد ، مرجع سابق)

وفي استراليا : دعا السيد روبرت ريشا تورينس الذي كان يشغل وظيفة مراقب في مصلحة الجمارك ، ثم أمينا عاما للعقود فيها ، الى اعتماد طريقة للتسجيل العقاري تقوم على تخصيص كل مدينة أو قرية تكون مركزا للتسجيل العقاري بسجل خاص يعرف بالسجل العقاري ، وتخصص في هذا السجل لكل عقار صفحتان تحتويان على رقم العقار ووصفه مع بيان الحقوق المترتبة له أو عليه ، وتؤلف هاتان الصفحتان ما يعرف (بالصحيفة العينية العقارية) ، ويتضمن هذا السند جميع البيانات الواردة في الصحيفة العينية للعقار ، وبالإضافة الى هذه البيانات يحمل سند الملكية خريطة للعقار مطبوعة على ظهره ، بحيث أن المرء يستطيع أن يقف على الوضع القانوني للعقار وعلى موقعه ومساحته وشكله بمجرد أن يلقى نظرة على سند ملكيته. أما بالنسبة لسائر الحقوق العينية الواقعة على العقار ، كحق التأمين مثلا ، فإن أصحابها يعطون إفادات عن القيود المتعلقة بها ، ويتم تسجيل العقار في سجله المخصوص بعد مسحه بطريقة فنية بواسطة مهندس مساح ، وإعطائه رقما خاصا به ، ويجري ذلك بناء على طلب صاحب العقار ، لأن تورينس اعتمد مبدأ التسجيل الاختياري ، بعد أن جوبه مبدأ التسجيل الجبري الذي كان يفكر به بمعارضة شديدة ، وكل تبديل أو تعديل يطرأ على حالة العقار بعد ذلك ، يجب أن يسجل في الصحيفة العينية ، وأن ينقل الى سند الملكية لكى يبقى سند الملكية المرآة التي تعكس الوضع الحقيقي للعقار ، ولكى تكون لتلك التعديلات أو التبديلات القوة القانونية بالنسبة الى الغير . (زهدي يكن ، مرجع سابق ص٦٨)

وتتميز طريقة تورينس هذه ، بأنها سهلت إجراءات نقل الملكية وسائر الحقوق العينية العقارية ، فإذا أراد المالك أن يتفرغ عن الملكية لشخص آخر مثلا ، وجب

عليه وعلى المتفرغ له أن يملأ نموذجا مطبوعا ، وأن يوقعا هذا النموذج بحضور أمين السجل العقاري الذي يقوم بعد التثبت من صحة الإمضاء ، وأهلية الفريقين ، بتسجيل الملكية على اسم المتفرغ له في الصحيفة العينية للعقار وفقا لمضمون العقد ، ثم ينقله على سند الملكية بعد أن يلغى القيود السابقة المعارضة للقيد الجديد ، وتتمتع قيود الصحيفة العينية بقوة ثبوتية تامة . فباستثناء دعوى إبطال التسجيل الحاصل بنتيجة الخداع الذي رافق عملية تحديد العقار وتحريره ، وباستثناء دعوى الاسترداد التي يقيمها من يحمل سندا سبق تسجيله ، يصبح صاحب الحق بمأمن من كل دعوى أو منازعة . ( زهدي يكن ، مرجع سابق ص٧٠) هذه هى طريقة تورينس العملية التي نفذت منذ شهر تموز سنة ١٨٥٨ ، وقد طبقت هذه الطريقة في مدغشقر عام ١٨٧٩ ، وفي الكونغو الفرنسية عام ١٨٩٩ ، وفي السنغال وساحل العاج وداهومي عام ١٩٠٠ ، وفي غينيا عام ١٩٠١ ، وفي إفريقيا الفرنسية عام ١٩٠٦ ، وقد طبقت فرنسا هذه الطريقة في تونس عام ١٨٨٥ . (زهدي يكن ، مرجع سابق ص٧٠)

- **المحررات والتصرفات والأحكام واجبة الشهر وفقا لقانون الشهر العقاري** :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٩٣٤ من القانون المدني قد نصت على أنه " يبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر " . أى أن قانون الشهر العقاري قد يبين التصرفات والأحكام والسندات الواجبة الشهر سواء كانت ناقلة أم غير ناقلة للملكية وذلك النحو الآتي :

- **المحررات واجبة الشهر وفقاً لقانون الشهر العقاري** :

(١) **التصرفات واجبة الشهر** :

**أولاً** : **التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية** : بمقتضى نص المادة التاسعة المتقدم يجب تسجيل كل التصرفات التى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق أخر من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغيره أو زواله ، سواء أكانت بعوض أم بغير عوض . ولا يهم أن كانت فى صورة محرر رسمى ، أو محرر عرفى ، أو أن كانت فى شكل عقد ، أو فى شكل تنازل . وطبقا لهذا يدخل فى

عـداد التصـرفات الواجـب تسـجيلها العقـود الآتيـة متى كـان موضـوعها حقوقـا عينيـة عقارية أو ترد على حق الملكية أو الحقوق المتفرعة **منها** :

١) **عقد البيع** : طبقا لنص المادة ٤١٨ من القانون المدنى فإن البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شئ أو حقا ماليا أخر فى مقابل ثمن نقدى . وتنص المـادة ٩٣٤ مـدنى علـى مـا يـأتي : ١. فـى المـواد العقاريـة لا تنتقـل الملكيـة ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى القانون تنظيم الشهر العقارى . ٢. ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التى يجب شهرها سوء أكانت ناقله للملكية أم غير ناقله ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر . ولما كان عقد البيع الذى يتضمن إنشاء حقا من الحقوق العينية الأصلية فان هذا الحق لا تنتقل ملكيته إلا بالتسجيل طبقا لأحكام المواد السابقة وأحكام المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى .

- **حكم البيع قبل التسجيل** :

البيع غير المسجل لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين ، ويترتب على ذلك أن المشترى لا يصبح مالكا للعين المبيعة ما دام البيع لم يسجل ، ومن ثم لا يستطع المشترى أن يرفع على البائع دعوى استحقاق يطالب فيها بتثبيت ملكيته على العين المبيعة ، ويترتب على ذلك أيضا أن دائن المشترى لا يستطيع أن ينفذ على العقار المبيع قبل تسجيل عقد البيع ، ولا يستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص ، لأن ملكية العقار لم تنتقل بعد الى المشترى ، أما دائن البائع فيستطيع التنفيذ على العقار ويأخذ عليه حق اختصاص، بل ويستطيع أن يجعل البيع غير نافذ فى حقه إذا سجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشترى البيع اذ طبقا للمادة ٤٠٥ من قانون المرافعات : لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفيل العينى فى العقـار ولا ينفـذ كـذلك مـا يترتـب عليـة مـن رهـن أو اختصـاص أو امتيـاز فـى حـق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا فى حق الدائنين المشار إليهم فى المـادة ٤١٧ ( مرافعـات ) ولا مـن حكـم بإيقـاع البيـع عليـه إذا كـان التصـرف أو الـرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهرة بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ) والمشترى الذى لم يسجل عقد شرائه ويقوم بالبناء على الأرض التى اشتراها يعتبر كقاعدة عامة

أنه بنى فى أرض الغير ، ومعنى ذلك أن أحكام الالتصاق التى وردت فى التقنين المدنى هى التى تنطبق على البناء المقام على الأرض المبيعة بعقد غير مسجل ، فتقضى المادة ٩٢٤ مدنى بأنه " ١) إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، ذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقه الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . ٢) ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق الأرض ضررا ، إلا إذا أختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة ، وتقضى المادة ٩٢٥ مدنى بأنه " ١) إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها فى المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة ، إنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها . ٢) إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل " وطبقا للمادة ٩٢٦ : ( إذا أقام أجنبى منشآت بمواد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض فلا يجوز لهذا المالك إذا لم يوجد اتفاق فى شأن هذه المنشآت أن يطلب إزالتها ، ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها أن يؤدى إليه إحدى القيمتين المنصوص عليهما فى الفقرة الأولى من المادة السابقة).

- **آثار البيع غير المسجل** :

البيع غير المسجل ينتج عدة التزامات جوهرية على عاتق البائع وأهمها القيام بكل ما هو ضرورى لنقل الملكية ، والالتزام بالتسليم ، وفى حالة التسليم لا يستطيع استرداده ، بالرغم من اعتباره مالكا له لأنه ضامن لاستحقاقه ومن يضمن نقل ملك لغيره لا يجوز له أن يدعيه لنفسه .

ويلتزم البائع أيضا بضمان عدم التعرض ، وضمان العيوب وفوات المبيع طبقا لنص المادة ٤٤٧ من القانون المدنى التى تقرر : " يكون البائع ملزما بالضمان إذا

لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشترى وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع وقت التسليم عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء ، أو الغرض الذى أعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده " .

ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع . أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى ، إلا إذا أثبت المشترى أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه ، وأيضا للمشترى بعقد غير مسجل الحصول على ثمار العقار وهو حق أكدته محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ٢٨ يونية ١٩٧٧ لسنة ٢٨ ص ١٥٣٢ وقد جاء به أن " مؤدى نص المادة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن من أثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشترى من تاريخ إبرام البيع فيمتلك المشترى الثمرات والنماء فى المنقول والعقار ، على السواء ما دام المبيع شيئا معينا بالذات من وقت تمام العقد وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف. ويستوى فى بيع العقار أن يكون البيع مسجلا أو غير مسجل لأن البائع ملتزم بتسليم المبيع إلى المشترى ولو لم يسجل العقد .

أما عن المطالبة بالأجرة من مستأجر العقار فلا يجوز للمشترى بعقد غير مسجل مطالبة المستأجر بها لأنه لا يعتبر خلفا خاصا للبائع لعدم انتقال الملكية ،إلا أن المشترى بعقد غير مسجل يجب أن يحصل من البائع له على حوالة عقود الإيجار وتخويله حق قبض الأجرة ثم يقوم بإخطار المستأجر بالحوالة حتى تنفذ فى حقه وحينئذ فقط يصبح المستأجر ملتزما بالوفاء للمشترى بالأجرة دون المؤجر البائع .وأيضا لا يجوز لدائن البائع الحجز على أجره العقار المبيع بعقد غير مسجل بعد التاريخ المحدد لتملك المشترى لثمار المبيع . وقد قضت محكمة النقض فى حكم لها بعدم صحة الحجز الذى يوقع على أجرة العقار الذى بيع ولم يسجل عقد البيع إذا وقع بعد التاريخ المتفق عليه لتمليك المشترى لثمار المبيع ( نقض ٢٩ مارس ١٩٧٨ لسنة ٢٩ ص ٨٩٥ ) .

٢) **عقد البيع المعلق على شرط** : تقضى المادة ٢٦٥ من القانون المدنى " يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع " فالشرط وصف يرد على الالتزام ، وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام إذا كان الشرط واقفا ، أو زواله إذا كان الشرط فاسخا . فبالنسبة للبيع المعلق على شرط واقف : فإذا تحقق الشرط تأكد حق المشترى فى الشيء المبيع بعد أن كان غير مؤكد وترتب عليه نفاذ الالتزام بعد أن كان موقوفا ويكون العقد ساريا رجعى ( م ٢٦٩ من القانون المدنى ) أما إذا تخلف الشرط فإن الالتزام الذى كان له فى فترة التعليق وجود غير مؤكد ، يزول ويصبح كأن لم يكن ولا يعتبر له وجود منذ البداية . أما بالنسبة للبيع المعلق على شرط فاسخ : فإذا تحقق انفسخ البيع وزال أثره ويكون المشترى ملزما برد المبيع ، أما إذا تخلف الشرط فإن وجود البيع والالتزام به يتأكد على وجه نهائى ( م ٢٦٩ مدنى ) ، ولذا ففى كلتا الحالتين يجب تسجيل المحرر المثبت لوقوع الشرط لثبوت ملكية المشترى وإعلان للغير بأن تصرفاتهم مع المشترى أو البائع محتمله البقاء أو الزوال تبعا لتحقق الشرط الفاسخ أو الواقف أو تخلفه .

٣) **عقد الوعد بالبيع** : يحكم الوعد بالتعاقد نصوص المواد ١٠١ ، ١٠٢ من القانون المدنى : طبقا للمادة ١٠٢ مدنى : " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقتضى به مقام العقد ". ويجرى نص المادة ١٠١ مدنى على أن : " الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد ، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمدة التى يجب إبرامه فيها "، وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد ، ومن هذه النصوص يظهر أنه : يشترط لكى ينتج الوعد أثره تكون الشروط الجوهرية للعقد قد تم الاتفاق عليها . ويقصد بها أركان البيع وشروطه الأساسية التى يرى العاقدان الاتفاق عليها والتى ما كان يتم البيع بدونها ، وقد ذهب رأى جمهور الشراع والمحاكم من اعتبار الوعد المتبادل بالبيع والشراء بيعا . متى كان هناك تراضى على المبيع والثمن . ومن ثم

يجب تسجيل عقد الوعد بالبيع ، حتى تنتقل الملكية بين المتعاقدين ، وإذا لم يحصل التسجيل فلا يوجد إلا التزامات شخصية بين الطرفين . وإذا امتنع البائع من أن يحرر العقد النهائى للبيع ، خلافا لالتزامه الحاصل فى وعد متبادل بالبيع ، وهو بمثابة بيع ،كان للمشترى الحق فى أن يطلب حضور البائع أمام القضاء لاستصدار حكم يثبت التعاقد الحاصل بينهما ، حتى إذا ما سجل هذا الحكم حل محل العقد . (الأستاذ/ أحمد نجيب الهلالى باشا ١٩٣٠٠ وما بعدها ، د / محمد كامل مرسى باشا شهر التصرفات العقارية بند (٧) وص ٨٩ وهامشه) .

٤) **عقد المقايضة** : قضت نص المادة ٤٨٢ من التقنين المدنى بأن " المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود " ، ويتضح من هذا النص أن البدلين يجب ألا يكونا من النقود وهذا ما يميز المقايضة عن البيع وأجازت المادة ٤٨٣ مدنى بأن يكون فى المقايضة معدل من النقود لكن يجب ألا يكون المعدل هو العنصر الغالب وإذا انقلبت المقايضة بيعا وقضت أيضا بأنه إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة فى تقدير المتعاقدين ، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلا ، وتنص المادة ٤٨٥ مدنى على أن " تسرى على المقايضة أحكام البيع ، بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر المتقايضين بائعا للشيء الذى قايض به ومشتريا للشيء الذى قايض عليه " ويخلص من هذا النص أن المقايضة تسرى عليها فى الأصل أحكام البيع ، فيعتبر كل متقايض بائعا للشيء الذى كان مملوكا له وقايض به ، ومشتريا للشئ الذى كان مملوكا للطرف الآخر وقايض هو عليه ، غير أن طبيعة المقايضة ، ترجع إلى أنه لا يوجد فيها مبيع وثمن بل بيع ومبيع .

- **أركـــان المقايضـــة** :

المقايضة كالمبيع عقد رضائى يتم بتوافق الإيجاب والقبول ، ولا يشترط فيها شكل خاص ، وأركان المقايضة التراضى والمحل والسبب .

- **الآثار التى تترتب على المقايضة** :

الآثار التى تترتب على المقايضة هى نفس الآثار التى تترتب على المبيع من حيث التزامات البائع لا من حيث التزامات المشترى .فيلتزم كل من المتقايضين بنقل ملكية الذى يقايض به إلى الطرف الآخر ،كما يلتزم بتسلمه إياه وبضمان التعرض

والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية ، وتنتقل ملكية الشيء المتقايض فيه من مالكه إلى المتقايض الآخر بمجرد تمام المقايضة في المنقول المعين بالذات ، وبالإقرار فيما عين بنوعيه ، وبالتسجيل في العقار ، ويترتب على انتقال الملكية في المقايضة ما يترتب على انتقال الملكية في البيع . (عبد الرازق السنهوري – ص٨٦١) .

٥) **عقد الهبة الواقع على العقار** : جاءت المادة ٤٨٦ من القانون المدني بتعريف الهبة بقولها : ١.الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض . ٢. ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين . فالهبة عمل من أعمال التصرف : فالواهب يلتزم بنقل ملكيته دون مقابل ، ويترتب على الهبة انتقال الشيء الموهوب من ملكية الواهب إلى ملكية الموهوب له بمجرد العقد ، أما عن انتقال الملكية في الهبة العقارية فينطبق عليه نص المادة ٩٣٤ من القانون المدني التي نصت على أنه " ١– في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري " . وبذلك لا تنتقل ملكية العقار الموهوب سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير إلا بتسجيل عقد الهبة .

٦) **عقود الشركة المشتملة على حصص عقارية** : ذهبت المادة ٥١١ من القانون المدني بقولها :١. إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر ، فإن أحكام البيع هي التي تسري في ضمان الحصة إذا هلكت ، أو استحقت ، أو ظهر فيها عيب أو نقص . ٢. أما إذا كانت الحصة بمجرد الانتفاع بالمال ، فإن أحكام الإيجار هي التي تسري في كل ذلك . فإذا كانت حصة الشريك في الشركة حق ملكية في عقار عينيا عقاريا آخر فلا تصبح الشركة مالكة إلا من وقت التسجيل ، وفقا لقانون تنظيم الشهر العقاري سواء بالنسبة إلى الشركاء أم بالنسبة إلى الغير .

٧) **ورقة الضد أو عقد الضد** : هو اتفاق سري بمقتضاه يلجأ المتعاقدان إلى إخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه ، فيبرمان اتفاقا آخر مستترا يعدلان به أثر الاتفاق الظاهر ، فيوجد اتفاقان ، أحدهما ظاهر ولكنه كاذب ، والآخر حقيقي ولكنه مستتر ، ويشترط في عقد الضد : أ– إخفاء أحد العقدين . ب– حصولهما في وقت واحد

. جـ- اتحاد المتعاقدين . د- وحدة الموضوع . بالنسبة لأثر هذا العقد : جاءت المادة ٢٤٤ من القانون المدنى وبينت أثر هذا العقد بالنسبة لغير بقولها :١. إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسنى النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم . ٢.وإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين أما عن أثر العقد بين المتعاقدين فقضت المادة ٢٤٥ مدنى بأنه " إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى . وورقة الضد قد تكون من السندات المقررة أو الكاشفة وقد تكون من السندات المنشئة وفى كلتا الحالتين يجب تسجيلها طبقا لنص المادة التاسعة والعاشرة من قانون الشهر العقارى وقد جاء بحكم قديم قبل صدور قانون الشهر الحالى بأن ورقة الضد المحررة بين البائع والمشترى لا تكون حجة على من تلقى الملك من هذا الأخير فيما يختص بالحقوق العينية العقارية إلا إذا كانت مسجلة قبل تسجيل عقد شراء المشترى الأخير ، لأن ورقة الضد عقد ملزم للمتعاقدين فقط ، ولا يكون لها أثر ضار بغيرها إلا إذا سجلت لتكون حجة على الغير ، وفقا لقواعد التسجيل العامة ، ويعتبر فى هذه الحالة من طبقة غير المتعاقدين الخلف الخاص ، كالمشترى . ومع هذا إذا ثبت أن المشترى الأخير عالم وقت شرائه بورقة الضد غير المسجلة اعتبرت هذه الورقة حجة عليه ، لأن شراؤه مع هذا العلم فيه سوء نية وغش والقانون لا يحميها . (استئناف مصر ٢٢ نوفمبر - المجموعة ٢٩ رقم ٥١ ص١١١ المحاماة ٨ رقم ٢٣٧ ص ٣١٧ مرجع القضاء ٦٨٨١) ، وحكم أيضا بأن والد باع أطيانا . ثم أخذ عليه فى الوقت نفسه ورقة ضد تعهد فيه الولد المشترى أن لا ينتفع بالأطيان ولا يضع يده عليها إلا بعد وفاة والده البائع . ثم تصرف الوالد البائع فى بعض هذه الأطيان للبنك بطريق الرهن ، كما تصرف الولد المشترى فى البعض الآخر بالبيع ، وتعهد بتوقيع عقد البيع الرسمى بأية محكمة يرغبها المشترى منه ، وسلمه العقد الصادر له من والده . ولما لم ينفذ تعهده رفع هذا المشترى الأخير دعوى يطلب إلزام الوالد وابنه بالتضامن بالثمن المدفوع . فقررت المحكمة أن ورقة الضد المحررة من الولد لوالده تجعل العقد

الصادر من الأخير للأول وصية ، إلا أن هذه الورقة لا يمكن الاحتجاج بها على الغير ، وهو هذا المشترى ، لأنها ليست مسجلة ، ويعتبر أنه تعاقد مع مالك حقيقى ويكون الاثنان ضامنين صحة البيع إلى المستأنف وإخلالهما لهذا الضمان يستوجب الرجوع عليهما بطريق التضامن ، لأن للمشترى قانون حق تتبع البائعين . (استئناف ٢ مارس ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩١ ص١١٨١ منشور بهامش ص١٠٤ بمؤلف شهر التصرفات العقارية – محمد كامل مرسى باشا طبعة ١٩٤٩)

٨) **الوقــــف** : تكلم قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، فى توثيق الوقف وجاءت المادة الأولى بنصها فقررت أنه " من وقت العمل بهذا القانون لا يصح الوقف ولا الرجوع فيه ولا التغيير فى مصارفه وشروطه ولا الاستبدال به من الوقف إلا إذا صدر بذلك إشهاد ممن يملكه لدى إحدى المحاكم الشرعية بالمملكة المصرية على الوجه المبين بالمادتين الثانية والثالثة وضبط بدفاتر المحكمة ، ونصت المادة الثانية على أن " سماع الاشهادات المبينة بالمادة الأولى عدا ما نص عليه فى المادة الثالثة من اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية الشرعية التى بدائرتها أعيان الوقف كلها أو أكثرها قيمة أو من يحيلها عليه من القضاء أو الموثقين الذى يعنيهم وزير العدل لهذا الغرض بالمحكمة المذكورة دون سواهم . وإذا تبين للموثق وجود ما يمنع من سماع الإشهاد ، رفع الأمر لرئيس المحكمة ليفصل فيه أو يحيله على أحد القضاء " . فالوقف إذا لم يصدر به هذا الإشهاد كان غير صحيح ، وأن صدر به هذا الإشهاد كان صحيحا أخذ بقول الجمهور ولذلك أوجب القانون سماع الاشهادات أمام رجال القضاء أو تحال إليهم من الموثقين الذين يعنيهم وزير العدل لهذا الغرض ، ولما كان الوقف طبقا للقانون وما ذهب إليه الإمام وصاحباه وجمهور الفقهاء يترتب عليه خروج المال الموقوف من ملك الواقف لا إلى أحد من الناس وجعلها على حكم ملك الله تعالى ، فإنه يجب تسجيله طبقا لنص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر ، وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى أنه مع أن نص الفقرة الأولى من المادة التاسعة مطلق فى حكمه يتناول كل التصرفات التى يكون موضوعها حقا من الحقوق العينية الأصلية فإنه رؤى تخصيص الوقف بالذكر إبراز لأهميته وخطره . وليكن متسقا فى آثاره مع التشريعات الأخرى الخاصة بالتصرفات العقارية .

٩) **الحكر فى الأعيان الموقوفة** : الحكر عقد به يكسب المحتكر حقا عينيا على أرض موقوفة يخوله الانتفاع بإقامة بناء عليها أو باستعمالها للغرس أو لأى غرض آخر ، وذلك فى مقابل أجرة معينة ، وبمقتضاه يدفع المحتكر أجرة ، ويستمر منتفعا بالعين ، سواء كانت مبينة أم بها غراس أم لا . ويعتبر الحكر حقا عينيا متفرعا عن حق الملكية ، إذ أن الوقف لا يحتفظ إلا بالرقبة ، ويصبح للمحتكر حق الانتفاع الذى يتصرف فيه كما يشاء فى حدود العقد المنشئ للحكر ، وقد نصت المادة ٩٩٩ من القانون المدنى على أنه " لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة . فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقودا لمدة ستين سنة ، وقد نصت المادة ١٠٠٠ مدنى على أنه " لا يجوز التحكير إلا لضرورة أو مصلحة وبإذن من المحكمة الابتدائية الشرعية التى تقع فى دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قيمة ، ويجب أن يصدر به عقد على يد رئيس المحكمة أو من يحيله عليه من القضاة أو الموثقين ، ويجب شهره وفقا لأحكام قانون تنظيم الشهر العقارى " . أما الحكر فى الأعيان المملوكة فإنه غير جائز طبقا لنص المادة ١٠١٢ مدنى والتى قررت بأنه : ١- من وقت العمل بهذا القانون لا يجوز ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة ، وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ١٠٠٨ الفقرة الثالثة . ٢- والأحكار القائمة على أرض غير موقوفة وقت العمل بهذا القانون تسرى فى شأنها الأحكام المبينة فى المواد السابقة .

١٠) **حـــق الإرث** : جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى أنه إذ كانت أيلولة العقارات إلى الوارث بمقتضى حق الإرث إنما تترتب على مجرد واقعة هى موت المورث وقيام سبب الإرث بالوارث ، لا على تصرف من التصرفات القانونية ، فلم يكن هناك وجه لجعل انتقال الحق إلى الوارث متوقفا على شهره ، فلا يترتب إذن نص المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر إخلال بالأحكام الواردة فى القانون المدنى التى يتناول انتقال الحقوق بالميراث . ولكن رؤى إيجاب شهر حق الإرث إذا تصرف الوارث فى عقار تلقاه بالميراث . واحتاج الأمر إلى شهر هذا التصرف الأخير ، وذلك ضبطا لأصل الملكية فى التصرفات وتيسيرا لوضع نظام السجلات العينية ، ولهذا تقضى المادة ١٢ من قانون الشهر بأنه إلى أن يتم تسجيل حق الإرث لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من المورث فى حق من الحقوق العينية

العقارية ، وتيسيرا على الورثة أجازت الفقرة الثانية من المادة ١٣ أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة فلا يلزم الوارث إذا ما أراد التصرف فى عقار معين من عقارات التركة أن يشهر حق الإرث عن العقارات جميعها بل يجوز تجزئة هذا الشهر . أضف إلى ذلك أنه فى حالة إشهار حق الإرث لا يطلب ما يفيد سداد رسوم الأيلولة .

١١) **الوصيـــة** : الوصية تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت ، والمراد بالتركة كل ما يخلف فيه الوارث المورث مالا كان أو منفعة أو حقا من الحقوق الأخرى المتعلقة بالمال التى تنتقل بالموت من المورث ومعنى التصرف إلى ما بعد الموت أن أثر التصرف الذى تم فى حال الحياة لا يكون إلا بعد الموت ، وجاءت نص المادة التاسعة من قانون الشهر بتخصيص الوصية بالذكر ، ولكن لم يبين القانون ما إذا كان شهر الوصية يحصل فى حياة الموصى ، أو بعد وفاته ، والرأى الأرجح ان تسجيل الوصية يكون بعد وفاة الموصى ، لأن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت إلى جانب أن الموصى فى غالب الأحيان لا يصرح بحصول الوصية ، بل يكتم حصولها حال حياته فضلا عن أن نص المادة ١٨ من قانون الوصية أجاز للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة وجاء نص المادة الرابعة بالآتى : لا توزع التركة على الورثة إلا بعد أداء الآتى : أولا : ما يكفى لتجهيز الميت وما تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن . ثانيا : ديون الميت . ثالثا : ما أوصى به فى الحد الذى تنفذ فيه الوصية . فإذا تصرف الوارث فى العين الموصى بها يكون قد تصرف فيما لا يملك .

١٢) **نزع الملكية للمنفعة العامة** : بمقتضى قانون تنظيم الشهر العقارى فإنه يجب تسجيل مراسيم نزع الملكية للمنفعة العامة وقد أشارت إلى ذلك صراحة المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ، وبذلك يجب أن يشمل مرسوم نزع الملكية على البيانات المنصوص عليها فى المادة ٢٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى ، وفى نهاية تناولنا إلى أنواع التصرفات المنشئة للحقوق التى يجب تسجيلها طبقا لقانون تنظيم الشهر العقارى وبعض العقود الواردة عليها فإننا نبين أن المحررات الواجبة الشهر والتى ورد ذكرها فى القوانين لم ترد على سبيل الحصر ، فالعبارات التى استعملها الشارع فى صياغة النصوص الخاصة ببيان المحررات الواجبة الشهر عامة ، يتدرج كل ما يقع من

التصرفات الخاصة بالعقارات . (الأستاذ / عباس عبد الحليم حجر – المرجع السابق)

**ثانياً : ا لتصرفات الكاشفة للحقوق العينية العقارية الأصلية** : تنص المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري على أنه : " جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير " ، ومفاد هذا النص أن الشهر بالنسبة للحقوق العينية المقررة واجب حتى يمكن الاحتجاج بها على الغير ، أما بالنسبة للمتعاقدين ، فإنها تكون نافذة في حقهم دون حاجة للشهر ، لأن تقرير الحق يدل على سبق نشئوه لصالح من تقرر له وأن المتعاقد معه لا ينازع في ذلك ، ومن ثم لا نكون بصدد تصرف ينشئ الحق أو ينقله وأن التصرفات التي من شأنها إنشاء حق عيني أصلي أو نقله تكون واجبة الشهر حتى يمكن الاحتجاج بها بين المتعاقدين وأيضا بالنسبة للغير حسبما تنص عليه المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري ، وتنحصر التصرفات المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية في الإقرار والصلح والقسمة .

- **أولا : الإقـــرار**
- **التعريف بالإقرار** :

تنص المادة ١٠٣ من قانون الإثبات على أن " الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة " ، ويتضح من هذه المادة أن الإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر بحيث لا يكون القصد هو إنشاء الحق في ذمته

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " الإقرار هو اعتراف شخص يحق عليه لآخر بحيث يكون القصد هو إنشاء الحق في ذمته " (نقض ١٩٧٧/٢/٢٣ –٢٨–٥١١ ونقض ١٩٨٢/٣/٢٨ رقم ٣١٨ سنة ٤٨ق ، وراجع في كل ما سبق أبو الوفا في الإثبات وانظر السنهوري ومرقص في تعريف الإقرار)

والإقرار عمل قانوني بإرادة منفردة ، ولذلك يجب أن تتوافر فيه شروط التصرف القانوني ، فيجب أولا أن تتجه إرادة المقر الى إحداث أثر قانوني معين هو ثبوت حق في ذمة المقر وإعفاء المقر له من إثباته ، فلا يعتبر إقرارا ما يدلي به الشخص

من أقوال تأييدا لادعاءاته ، إذا كان في هذه الأقوال مصلحة لخصمه ، طالما لم يقصد بما الاعتراف بما يدعيه الخصم ، ولا يشترط صدور الإقرار في عبارات معينة ، فكما يكون صريحا ، يمكن أن يكون ضمنيا ، يستفاد من سلوك الخصم ، بل يمكن أن يستفاد الإقرار من مجرد السكوت ، فإذا سكوته يعتبر إقرار بالواقعة الثانية ، كذلك يجب أن تتوافر في المقر أهلية التصرف في الحق المقر به ، وأن يكون رضاه خاليا من العيوب ، فلا يرتب الإقرار أثره إذا صدر من عديم الأهلية أو ناقصها وإذا صدر من النائب القانون ، فيجب أن يكون بإذن من المحكمة في الحدود التي يمكن إعطاء الإذن فيها ، ولا يجوز للوكيل أن يقر عن موكله إلا إذا كان مفوضا في ذلك بموجب عقد الوكالة ، لأن الإقرار لا يدخل في نطاق الوكالة العامة . (م ٧٠٢ مدني)

وينقسم الإقرار الى إقرار قضائي وهو الذي يصدر أمام القضاء أثناء السير في الدعوى التي صدر بشأنها الإقرار وإقرار غير قضائي وهو الذي يصدر خارج مجلس القضاء ، أو أمام القضاء ، ولكن في دعوى لا تتعلق بموضوع الإقرار . (انظر يحيى ومرقص والسنهوري وعبد اللطيف)

وعلى ذلك فالإقرار وفقا لنص المادة ١٠٣ من قانون الإثبات هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها وذلك أثناء سير الدعوى ، وتحصيل توافر الأركان اللازمة لاعتبار الإقرار الصادر من أحد الخصوم إقرارا قضائيا ملزما له من الأمور التي يحاطها واقع مما يترك أمر تقديره لمحكمة الموضوع .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " يشترط في الإقرار أن يكون صادرا من المقر عند قصد الاعتراف بالحق المدعى به ، في صيغة تفيد ثبوت الحق المدعى به على سبيل الجزم واليقين ، وأن يكون تعبير المقر تعبيرا عن إرادة جدية حقيقية . فى يعد من قبيل الملزم ، ما يصدر عن الشخص من عبارات بقصد التودد أو المجاملة ، طالما أنه لم يقصد من الإدلاء بها ، أن يتخذها من وجهت إليه دليلا عليه " (نقض مدني ١٩٧٨/٤/٥ مجموعة محكمة النقض ٢٩-١-٩٤٩-٧٨٤) وبأنه " الإقرار – قضائيا كان أو غير قضائي – يتضمن نزول المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه ، وهو بهذه المثابة ينطوي على تصرف قانوني من جانب واحد ، فيشترط لصحته ما يشترط لصحة سائر التصرفات القانونية . فيجب أن يكون صادرا

عن إرادة غير مشوبة بأى عيب من عيوب الإرادة ، فإن شاب الإرادة غلط أو تدليس كان قابلا للإبطال ، وحق للمقر الرجوع فيه " (نقض مدني ١٩٦٧/١/١٩ مجموعة محكمة النقض ١٨-١-١٥٦-٢٥ ، نقض مدني ١٩٩٩/٢/٢ ، طعن ٣٦٠ لسنة ٦٧ق) وبأنه " الأهلية التي تشترط لصحة الإقرار ، هى أهلية المقر للتصرف فيما أقر أما المقر له فلا يشترط فيه أهلية ما ، بل يجوز الإقرار للصغير غير المميز والمجنون " (نقض مدني ١٩٣٥/٥/٢٣ مجموعة القواعد القانونية ١-٣٢-٥١)

- **ويشترط لصحة الإقرار أيضا ألا يكذب ظاهر الحال المقر في إقراره وألا يكون المقر به محالا عقلا وشرعا** :

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " يشترط لصحة الإقرار بوجه عام – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ألا يكون المقر به محالا عقلا ولا شرعا ، وإذ كانت قواعد الميراث من النظام العام فلا يجوز مخالفتها أو التحايل عليها ، فإن ما نسب الى المطعون عليه من توقيعه على محضر إثبات الوفاة الصادر من بطريركية الأرثوذكس بما يفيد أن للطاعنين أخوته من أبيه يعد باطلا وغير معتبر شرعا ولا يمكن أن يؤخذ به باعتباره إقرارا " (الطعن رقم ٩ لسنة ٤٤ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٤ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٦ ص١٦٩٢ قاعدة ٣١٦) وبأنه " يشترط لصحة الإقرار بالنسب – بوجه عام ألا يكذب ظاهر الحال المقر في إقراره وألا يكون المقر به محالا عقلا وشرعا والقول المعول عليه أن الإقرار بما يتفرع عن أصل النسب وهو الإقرار بغير الأبوة والبنوة ، لا يثبت به نسب أصلا ولابد إما من تصديق من حمل عليه النسب أو إثباته بالبينة لأن الإقرار في هذه الحالة يقتضي تحميل النسب على غير المقر والإقرار بذاته حجة قاصرة " (الطعن رقم ٥ لسنة ٤٢ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٦/٢٥ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٦ ص١٣٠٢ قاعدة ٢٤٨)

- **ويشترط في الإقرار أيضا أن يكون صادرا من المقر عن قصد الاعتراف بالحق المدعى به في صيغة ثبوت الحق المقر به على سبيل الجزم واليقين وأن يكون تعبير المقر عن إرادة جدية حقيقية** :

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " إبداء الخصم رغبته في تسوية النزاع لا يفيد حتما وبطريق اللزوم استمرار هذه الرغبة في كل الأوقات ، كما لا يفيد إقراره بحق

خصمه " (الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/١/١٧ مجموعة المكتب الفني السنة ١٨ ص١٢٠ قاعدة ١٩) وبأنه " إذا كان المدعى عليه لم يمانع في اعتبار المدعى من الورثة إذا ثبت للمحكمة ذلك فإن البادي من هذه العبارة هو تعليق عدم الممانعة في الحق على ثبوت هذا الحق قضائيا فهى عبارة جدلية لا تتضمن التسليم بطلبات الخصم ولا الإقرار به بالحق المدعى به" (الطعن رقم ٢٩ لسنة ٢٦ "أحوال شخصية" ١٩٥٨/٦/١٩ مجموعة المكتب الفني السنة ٩ ص٦٠٣ قاعدة ٢١) وبأنه " يشترط في الإقرار أن يكون صادرا من المقر عن قصد الاعتراف بالحق المدعى به في صيغة ثبوت الحق المقر به على سبيل الجزم واليقين وأن يكون تعبير المقر تعبيرا عن إرادة جدية حقيقة ، فلا يعد من قبيل الإقرار الملزم ما يصدر عن الشخص من عبارات بقصد التودد أو المجاملة طالما أنه لم يقصد من الإدلاء بها أن يتخذها من وجهت إليه دليلا عليه" ( الطعن رقم ١٠٦٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٧/٤/٥ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٩ ص٩٤٩ قاعدة ١٨٧)

ولا يشترط في الإقرار صدور قبول من المقر له ، حتى يكون الإقرار نافذا في حق المقر ، وإنما يرتد الإقرار برده له . والإقرار ليس له شكل خاص ، فقد يكون صريحا أو ضمنيا ، والصريح قد يكون مكتوبا أو شفويا ، وفي جميع الأحوال يكون الإقرار قضائيا يتم أمام القضاء ، ويكون حجة قاطعة على المقر . كما يكون الإقرار غير قضائي يتم خارج القضاء وتحضه حجيته لتقدير محكمة الموضوع .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " الإقرار غير القضائي المثبت في ورقة عرفية موقع عليها من المقر ، حجة عليه وعلى خلفه العام . عدم جواز تنصلهما منه بالإرادة المنفردة إلا مبرر قانوني . الإقرار غير القضائي . خضوعه فيه متى تمسك الخصم بدلالته . إعراضها عن ذلك قصور " (نقض مدني ٢٠٠٤/٥/١٨ طعن ١٣٠١ لسنة ٧٣ق) وبأنه " الإقرار الصادر أمام القضاء حجة قاطعة على المقر . م١٠٤ إثبات . خضوع الإقرار غير القضائي لتقدير محكمة الموضوع متى كان سائغا" (نقض مدني ١٩٩٩/١/٢٧ طعن ٤٩٥ لسنة ٦٨ق)

- **سبب الإقرار** :

الإقرار لا يكون سببا لمدلوله ، وإنما هو دليل تقدم الاستحقاق عليه في زمن سابق ، فحكمه ظهور ما أقر به المقر ، لا ثبوته ابتداء ، ويكون الإقرار صحيحا نافذا

ولو كان خاليا من ذكر سببه السابق عليه فإذا أقر الولد لوالده في ورقة حررها بأنه يملك عقارا معينا نفذ عليه حكم هذا الإقرار ولو كان لم يذكر فيه سبب المالك المقر به" (الطعن رقم ٣٠ لسنة ٥ق جلسة ١٩٣٦/٢/٦)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " من المقرر أن الإقرار ليس مدلولا لسببه ويكون صحيحا ونافذا ولو كان خاليا من ذكر سببه السابق عليه ويكون حجة على المقر بما حواه ، فإن إقرار الطاعن بتسليم أرض النزاع في التاريخ المحدد به ينتج آثاره القانونية قبله بشأن زوال سبب حيازته وانتقال الحق فيها الى الأصيل ممثلا في شخص المطعون ضدها الرابعة المقر لها اعتبارا من هذا التاريخ ، وتضحى حيازة الطاعن من بعده مجردة من سندها القانوني ويعتبر غاصبا أيا كان وصف العقد أو طبيعة العلاقة القانونية التي كانت تستند إليها حيازته السابقة على إقراره " (الطعن رقم ١٦٩٥ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٢١ س٤٠ ع٣ ص٤٠٥) وبأنه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا أقر الدائن بعدم صحة السبب الوارد في سند الدين وذكر سببا آخر مشروعا على أنه السبب الحقيقي كان إقراراه غير قابل للتجزئة ويبقى الالتزام قائما وصحيحا ما لم يثبت المدين أن هذا السبب الآخر غير صحيح " (الطعن رقم ١٥٤٠ سنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٢/٥ س٣٧ ص١٧٥) وبأنه " الإقرار – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا يكون سببا لمدلوله ، إنما هو دليل تقدم الاستحقاق عليه من زنت سابق ، فحكمه ظهور ما أقر به لا ثبوته ابتداء ، ويكون الإقرار صحيحا نافذا ولو كان خاليا من ذكر سببه السابق عليه ، ويقوم حجة على وثرة المقر بما حوله " (الطعن رقم ١١٤ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/٤/١٢ س٢٤ ع٢ ص٥٩٦)

- **قبــول الإقــرار** :

إذا احتج في دعوى بإقرار صدر في دعوى أخرى من أحد الخصمين في خصوص الحق المدعى به فلم تأخذ المحكمة به ، فلا يصح أن ينعى عليها أنها لم تعتبره إقرار قضائيا أو بمثابة تعاقد قضائي ، مادام هو فضلا عن صدوره في دعوى أخرى قد صدر من طرف واحد ولم يصادف قبولا من الطرف الآخر . (الطعن رقم ٤٠ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٣/١١/٢٥ مج ٢٥ سنة ج١ ص٤٣) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد استدل على وكالة المطعون عليه الثاني عن الطاعنين من

إقرارهم بأنه كان وكيلا عنهم في إدارة أموالهم باسمهم حتى إلغائهم التوكيلات المذكورة ، وفي هذا ما يقوم مقام الكتابة في إثبات الوكالة وتغني عن تقدم صورة رسمية منها " (الطعن رقم ١٠٧ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/١/١٨ مجموعة المكتب الفني السنة ٣٠ ص٢٩٣ قاعدة ٦١)

- **شهـــر الإقـــرار** :

لما كان الإقرار على نحو ما تقدم ، تصرفا قانونيا مقررا لحق ، فإن كان هذا الحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ، كان هذا الإقرار نافذا في حق المقر ولو لم يشهر ولكنه لا يحاد الغير به إلا إذا كان مشهرا عملا بنص المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري سالفة البيان ، ويخضع الإقرار للشهر سواء تضمنه محرر خصص للإقرار وحده أو تضمنه محرر تضمن عقد بيع وإقرار لهذا البيع ، فقد يبيع المشتري العقار الذي اشتراه دون أن يكون قد سجل عقده ، وحينئذ تكون الملكية لم تزل للبائع له ، فيتضمن عقد البيع بندا ينطوي على إقرار البائع للبائع لهذا البيع ، فإذا ما سجل هذا المحرر المتضمن البيع والإقرار انتقلت الملكية بالإقرار الى المشتري ثم تنتقل من الأخير الى من اشترى منه ، ولذلك يجب سداد رسوم شهر الإقرار وأيضا رسم شهر عقد البيع .

فإذا ما رفض البائع للبائع التوقيع على المحرر المتضمن البيع والإقرار أو وقع عليه وامتنع عن التصديق علة توقيعه فيه ، كان للمشتري الأخير رفع دعوى بصحة ونفاذ العقد الصادر من البائع للبائع له وأيضا بصحة ونفاذ العقد الصادر له ، ويختصم البائع له وأيضا البائع للبائع له ، ومتى صدر الحكم بصحة ونفاذ العقدين ، يقوم بتسجيله أو بالتأشير بمنطوقه في هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، فتنتقل الملكية الى البائع له ثم تنتقل من الأخير له ، وأيضا يسدد رسمان عند شهر الحكم أو الصحيفة .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " الإقرار بالملكية في ورقة عرفية لا تنتقل به الملكية ، ولا يصلح سندا لرفع دعوى بتثبيت هذه الملكية ، لأنها لا تنتقل في العقار إلا بالتسجيل ، ولما ينطوي عليه طلب الحكم بصحة ونفاذ الإقرار من التسليم بثبوت الملكية للمقر ، والرغبة في الحصول على حماية قضائية غايتها أن يطمئن المقر له الى أن المقر لا يستطيع – بعد الحكم بصحة الإقرار ونفاذه في حقه

– أن ينازع فيما أقر به ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، واتبع قضاء بصحة ونفاذ الإقرار موضوع النزاع باعتباره سندا للملكية صالحا للتسجيل " (نقض ٢٠/٢/٢٠٠١ طعن ٣٣٧٠ س٦١ق)

- **الإقـــرار بالملكيـــة** :

والإقرار إن ورد على حق عيني عقاري لا يكون سببا لوجود ها الحق وإنما دليلا على وجوده ، أى مقررا له ، ومن ثم يحاج به المقر دون حاجة الى تسجيله باعتباره دليلا قام في حقه على ملكية المقر له ، ولكن لا يجوز الاحتجاج به على الغير إلا بتسجيله عملا بالمادة العاشرة من قانون الشهر العقاري ، ذلك أن التسجيل يرد على سند الملكية ولا يرد على دليلها .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " الإقرار بالملكية حجة على المقر طالما صدر منه عن إرادة غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة ، فلا يحق له أن يتصل مما ورد فيه بمحض إرادته إلا بمبرر قانوني ، ومن ثم ينتج أثره فيما والمقر له أن يدفع باستحالة تنفيذ التزامه بنقل الملكية ، ولو تبين أن محل الإقرار كله أو بعضه مملوك للغير ، إذ الإقرار بملكية ثابتة للغير تصرف قابل للإبطال لمصلحة المقر له ، وليس لمصلحة المقر ، أما بالنسبة للمالك الحقيقي فيجوز أن يقر التصرف صراحة أو ضمنا ، فإذا لم يقره كان غير نافذ في حقه وإن النعى بأن الطاعن (المقر) وقع في غلط جوهري – غير مقبول لمخالطته واقعا لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع " (نقض ٢٠/٢/٢٠٠١ طعن ٣٣٧٠ س٦١ق) وبأنه " الإقرار بالملكية هو نزول من المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه من ملكية وإخبار منه بملكية سابقا للمقر له وحجة على المقر دون حاجة الى تسجيل طالما صدر منه عن إرادة حرة ويضحى ونفاذه . لما كان ذلك ، وكان التسليم أثر من آثار الملكية فإن الحكم المطعون فيه إذا لزم الطاعن بتسليم المطعون عليهم الأطيان التي أقر بملكيتهم لها فإنه لا يكون قد خالف القانون " (الطعن رقم ١٥٣٢ لسنة ٤٨ق جلسة ١٥/٦/١٩٨٢ س٣٣ ص٧٦٧) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الإقرار تصرفا مقررا للملكية وليس منشئا لها ، ألا أنه إخبار بملكية سابقة ليس هو سندها بل دليلها ، فإن هذا التصرف الإقراري يكون حجة على المقر دون حاجة الى تسجيل وفقا لحكم المادة العاشرة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقاري وهو ذات حكم

قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ الذي وإن كان قد سوى بين التصرفات المنشئة للملكية وغيرها من الحقوق العينية ، وبين التصرفات المقررة لها من حيث وجوب تسجيلها ، إلا أنه فرق بين النوعين في أثر عدم التسجيل فرتب على التصرفات الإنشائية أن الحقوق التي تقصد الى إنشائها أو نقلها أو تغييرها أو زوالها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم إلا بالتسجيل ، بخلاف التصرفات المقررة لهذه الحقوق فإنه رتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون حجة على الغير ، مما مفاده جواز الاحتجاج بها بين المتعاقدين بغير حاجة الى تسجيل ، ولما كان المشتري من المطعون عليهما العاشرة والحادية عشرة يعتبر من الغير بالمسبة للإقرار العرفي الصادر منهما للبائعين للطاعن ، لأنه ثبت لهذا المشتري على العقار الذي اشتراه حق عيني مصدره تصرف قانوني يخضع للشهر وتم تسجيله بالفعل ، فإن ذلك الإقرار لا يصح أن يتعدى أثره الى هذا المشتري ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد نفى صورية عقد شراء المذكور ، فإن ذلك الحكم لا يكون قد خالف القانون حين فرق بين الأثر المترتب على الإقرار العرفي فيما بين المقرين والمقر لهما من جواز الاحتجاج به بينهم حتى ولو لم يسجل ، وبين أثره بالنسبة للغير فقضى بعدم تجاوز هذا الأثر إليه لأنه إقرار بملكية عقار لم يشهر عنه"
(نقض ١٩٧٩/١/١١ طعن ٦٥١ س٤٢ق)

- **إجـــراءات شهـــر الإقـــرار** :

سواء أثبت الإقرار في محرر مستقل أو تضمنه عقد بيع أو انطوى الإقرار على قسمة على نحو ما تقدم ، فإنه يخضع للشهر بطريق التسجيل ، فيمر بكافة مراحل الشهر ، ومن ثم يقدم طلب شهره للمأمورية المختصة وهى التي يقع العقار بدائرتها ، مستوفيا البيانات التي أوضحناها بمرحلة الطلبات ، ويرفق به حافظة تنطوي على نسخة الإقرار وكافة المستندات التي بذات المرحلة ، وعندما تقوم المأمورية بإخطار الطالب بالقبول للشهر ، يقوم بإعداد مشروع الإقرار وذلك بنقل كل ما تضمنه المحرر المثبت للإقرار على الورق الأزرق المدموغ من إضافة البيانات التي أوجب إخطار القبول إضافتها الى المحرر – أن تضمن الإخطار ذلك – ثم يتقدم الطالب بهذا المشروع الى ذات المأمورية مرفقا به حافظة المستندات السابق له تقديمها مع طلب الشهر وردت إليه مع إخطار القبول ، فتقوم المأمورية بمراجعة المشروع فإن

وجدته مطابقا لإخطار القبول ، وضعت عليه خاتم (صالح للشهر) فيتسلمه الطالب ويسدد عنه رسوم التصديق على التوقيعات والشهر ويتقدم به لذات المأمورية للتصديق على التوقيعات فيه ، وبعد ذلك يتقدم به الى مكتب الشهر الذي تتبعه المأمورية التي باشرت الإجراءات ، فيقوم المكتب بتسجيله في دفتر الشهر وتسليم الطالب صورة فوتوغرافية منه عليها رقم وتاريخ الشهر . **وسنوضح هذه الخطوات على التفصيل الآتي :**

(١) **تقديم طلب تسجيل الإقرار** : تنص الفقرة الأولى من المادة (٢١) من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقاري على أنه " تقدم طلبات الشهر للمأمورية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ، على النموذج الذي يصرف بغير مقابل ، ويصدر به قرار من وزير العدل ، ويجوز تقديم الطلبات على غير هذا النموذج ، على أن تتضمن البيانات الواردة في القرار المشار إليه " . وتنص الفقرة الأولى والثانية من المادة (١٩) من تعليمات مصلحة الشهر العقاري على أنه " ١- تقدم طلبات الشهر للمأمورية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ، من أربع نسخ متطابقة ، وتحرر على النموذج المعد لذلك بقرار من وزير العدل ، والذي يصرف بغير مقابل . ٢- ويجوز تقديم الطلبات على غير هذا النموذج ، على أن يتضمن البيانات الواردة بالمادتين رقمى ٢٠ ، ٢١ " . فيتضح من هذه المادة أن أول خطوة من خطوات شهر الإقرار هى تقديم طلب التسجيل الى مأمورية الشهر المختصة وأن يقدم الطلب على النموذج الذي يصرف من ذات المأمورية ويصدر به قرار من وزارة العدل . وبالفعل صدر قرار وزارة العدل رقم ١٠٢١ لسنة ١٩٧٦ الخاص بتحديد نماذج طلبات الشهر العقاري ، وقد نص على ما يلي : " ١- تكون طلبات الشهر وفقا للنماذج المرفقة بهذا القرار على حسب الأحوال ، ويتكون كل نموذج من ثلاث نسخ متطابقة ، نظير رسم قدره مائتان وخمسون مليما . ٢- ويجوز أن تحرر طلبات الشهر على غير هذه النماذج ، على أن تتضمن البيانات الواردة بها" ، يتضح من هذا القرار الوزاري أن طلبات التسجيل العقاري تقدم لمأمورية الشهر العقاري المختصة ، على النماذج المرفقة بهذا القرار على حسب الأحوال ، ويتكون كل نموذج من ثلاث نسخ متطابقة . لكنه أجاز تقديم الطلبات على غير هذه النماذج على أن تتضمن البيانات الواردة في القرار الوزاري .

* **تقديم طلب التسجيل من المقر أو المقر له أو وكلائهما :**

تنص المادة ٢٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقاري ، على أنه " تتم إجراءات الشهر في جميع الأحوال ، بناء على طلب ذوي الشأن ، أو من يقوم مقامهم " ، وتنص الفقرة الثانية من المادة (٢١) من ذات القانون على أنه " ويجب أن يكون موقعا على هذه الطلبات (التي تقدم للمأمورية المختصة) من المتصرف أو المتصرف له في العقود والإشهادات ، أو ممن يكون المحرر صادرا لصالحه في غير ذلك من المحررات كأوراق الإجراءات وصحف الدعاوى والأحكام " .

وتنص المادة ١٨ من تعليمات مصلحة الشهر العقاري والتوثيق ، على أنه " ١- تتم إجراءات الشهر في جميع الأحوال ، بناء على طلب ذوي الشأن ، أو مني يقوم مقامهم . ٢- على أنه لطلبات شهر أحكام إيقاع البيع (مرسى المزاد) تقوم أقلام كتاب المحاكم بعد نسخها بالمداد الأسود ، على الورق الأزرق المعد للعقود ، وختمها بخاتم المحكمة التي أصدرتها ، بإحالتها الى مأموريات الشهر المختصة. ٣- ويتولى أصحاب الشأن بعد ذلك مباشرة إجراءاتها " ، وتنص الفقرة الثالثة والرابعة من ذات التعليمات على ما يلي : " ٣- ويجب أن يكون موقعا على هذه الطلبات من المتصرف أو المتصرف له في العقود والإشهادات ، أو ممن يكون المحرر لصالحه في غير ذلك ، كأوراق الإجراءات وصحف الدعاوى والأحكام . ٤- ويتم التوقيع أمام رئيس المأمورية بعد التحقق من شخصية وصفة مقدم الطلب . فإن قدمت من الوكلاء المصرح فيتم قانونا ، لهم التحقق من سند الوكالة وموضوعه الذي يبيح له هذا الإجراء ، وفي جميع الحالات يتم التحقق من شخصية مقدم الطلب من واقع البطاقة الشخصية أو العائلية أو أى مستند رسمي آخر يقوم مقامها".

وتنص المادة ١٩ مكررا من ذات التعليمات (طلبات الشهر التي ترسل بالبريد) على أنه : إذا أرسلت الطلبات بالبريد ، فيراعى في شأنها ما يأتي : ١- تقبل طلبات الشهر التي ترسل بالبريد ، وتكون مستوفاة للبيانات المنصوص عليها بالمادة ٢٠ وتقيد وتعطي لها أسبقيتها وفق التعليمات ، وتتخذ في شأنها الإجراءات المعتادة ، متى كانت مصحوبة بإيصال سداد الرسم أو حوالة بريدية بقيمة رسم الطلب .٢-تقوم

المأمورية بإرسال كتاب موصى عليه بعلم الوصول ، الى مقدم الطلب (صاحب الشأن أو وكيله) فور قيده ، على محل إقامته الثابت بالطلب ، للحضور الى المأمورية في ظرف عشرة أيام ، للتحقق من شخصيته وصفته ، أو التوجه الى أقرب مأمورية للإقرار أمام رئيسها ، بأنه مرسل الطلب ، مع تحذيره بأنه في حالة تخلفه عن ذلك في المدة المحددة ، ستتخذ إجراءات إسقاط أسبقية طلبه ، إذا قدمت طلبات مستوفاة لاحقة على طلبه . ٣- تقوم المأمورية التي تم أمامها التوقيع بإرسال الإقرار أو الأوراق المثبتة لشخصية مقدم الطلب الى المأمورية المختصة ، ويتم ذلك بدون رسم ، في اليوم التالي على الأكثر . ٤- لا يلتفت الى الطلبات التي ترسل بالبريد ، وتكون خالية من البيانات اللازمة والمفيدة في تعيين العقار ، أو الدالة على شخصية كل طرف ، وعلى الأخص ، اسمه ثلاثيا ومحل إقامته والتي تمكن من وصول الإخطار إليه ، ويرفض قيدها بدفتر الأسبقية وتعاد لمرسلها لاسنيفاء هذه البيانات . ٥- تقوم كل مأمورية بوضع لوحات إرشادية في مكان ظاهر بالمأمورية ، يوضح فيه هذه الإجراءات ، والجزاء المترتب على عدم اتباعها ، ويراعى تقديم الأوراق والمستندات داخل حافظة ، يثبت عليها بياناتها تفصيلا ، ويوقع عليها من مقدمها بتاريخ تقديمها ، ويسري ذلك على المستندات المقدمة استيفاء لطلبات الشهر " . فيتضح من هذه المواد أن طلب التسجيل يتم تقديمه من المتصرف والمتصرف إليه في تصرف مقرر واجب الشهر باعتبارهم ذوي الشأن الذين أوجب القانون توقيعهم على الطلب ، ويقوم مقامهم وكلائهم سواء بموجب وكالة عامة أم خاصة .

- **ميعاد تقديم طلب تسجيل الإقرار** :

الأصل أن المشرع لا يتدخل بتحديد مواعيد معينة لرفع الدعاوى أو اتخاذ إجراءات الشهر العقاري بأى طريق من طرق الشهر الأربعة المعروفة ، وبالتالي تظل هذه المواعيد مفتوحة أمام أصحاب الشأن وطالب التسجيل كيفما يشاءون ، واستثناءا من ذلك قد يتدخل بتحديد ميعاد معين لرفع دعوى معينة من الدعاوى أو لاتخاذ إجراء معين من إجراءات الشهر العقاري لاعتبارات معينة وذلك كدعوى الشفعة التي يشترط المشرع رفها في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . لكن تسجيل الإقرار كتصرف مفرز واجب الشهر لحق من الحقوق العقارية العينية الأصلية يخضع لقاعدة عدم تدخل المشرع بتحديد ميعاد معين

لاتخاذ إجراءات التسجيل فيكون ميعاد اتخاذ هذه الإجراءات مفتوحا أمام طالب التسجيل على أن يتم قبل سقوط الحق العقاري العيني الأصلي محل الإقرار . فالإقرار كتصرف قانوني يخضع للقاعدة العامة في تقادم الحقوق والالتزامات بانقضاء خمس عشرة سنة . فمثلا إذا تضمن الإقرار اعتراف شخص ، بملكية شخص آخر ، لعقار معين ، ثم ظل هذا العقار سواء في حيازة المقر أو الغير خمس عشرة سنة ، فإن الحائز أو واضع اليد يكتسب ملكية هذا العقار بوضع اليد الطويلة المكسبة للملكية كسبب مستقل ، عندئذ يصبح تسجيل الإقرار غير ذي موضوع لسقوط الحق محله ، أى محل الإقرار .

- **كيفية تقديم طلب التسجيل** :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٢١ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقاري على أنه " ويجب أن يكون موقعا على هذه الطلبات من المتصرف أو المتصرف له في العقود والإشهادات ، أو ممن يكون المحرر صادرا لصالحه في غير ذلك من المحررات كأوراق الإجراءات وصحف الدعاوى والأحكام" ، وتنص الفقرات الأولى والثالثة والرابعة من المادة ١٩ من تعليمات مصلحة الشهر العقاري والتوثيق على أنه " ١- تقدم طلبات الشهر للمأمورية التي يقع في دائرة اختصاصها من أربع نسخ متطابقة ، وتحرر على النموذج المعد لذلك بقرار من وزير العدل ، والذي يصرف بغير مقابل . ٢- ............... ٣- ويجب أن يكون موقعا على هذه الطلبات من المتصرف أو المتصرف له في العقود والإشهادات ، أو ممن يكون المحرر لصالحه في غير ذلك كأوراق الإجراءات وصحف الدعاوى والأحكام . ٤- ويتم التوقيع أمام رئيس المأمورية بعد التحقق من شخصية وصفة مقدم الطلب . فإذا قدمت من الوكلاء المصرح لهم قانونا ، فيتم التحقق من سند الوكالة وموضوعه الذي يبيح له هذا الإجراء ، وفي جميع الحالات يتم التحقق من شخصية مقدم الطلب من واقع البطاقة الشخصية أو العائلية أو أى مستند رسمي آخر يقوم مقامها " . يتضح من هذه الفقرات أن طلب تسجيل الإقرار كتصرف محرر واجب الشهر لحق من الحقوق العقارية العينية الأصلية يقدم الى مأمورية الشهر العقاري الجزئية المخصصة من أربع نسخ متطابقة ويقدم على نموذج وزارة العدل أو طلب أبيض عادي متضمن نفس بيانات نموذج الوزارة ، ويشترط أن يكون طلب

التسجيل موقعا عليه من المقر باعتباره من التصرفات الواجب تسجيلها على أن التوقيع أمام رئيس المأمورية بعد التحقق من شخصية وصفه مقدم الطلب سواء كان هو صاحب الشأن أو وكيله ويتم ذلك من خلال واقع البطاقة الشخصية أو العائلية أو بطاقة الرقم القومي أو أى مستند رسمي آخر يقوم مقامه .

- **قيد الطلب بدفتر أسبقية الطلبات** :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٢ من تعليمات مصلحة الشهر العقاري والتوثيق على أنه " يؤدي الرسم المستحق على طلب الشهر ، قبل قيده بدفتر أسبقية الطلبات " ، تنص الفقرة الثانية من المادة (٢/٢٤) من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري على أنه " ويعتبر الطلب كأن لم يكن ، إذا لم يتم شهر المحرر خلال سنة من تاريخ قيد الطلب ...." .

فيتضح من هاتين الفقرتين ضرورة قيد طلب التسجيل بدفتر أسبقية خاص بمأمورية الشهر العقاري الجزئية المختصة ، على سحب تواريخ وساعات تقديم الطلبات ، وتقضي تعليمات مصلحة الشهر العقاري بضرورة إقفال (دفتر أسبقية الطلبات) في نهاية كل يوم عمل ، وذلك خوفا من حدوث أى عبث به ، وتظهر أهمية هذا الدفتر في أنه يحدد ابتداءً رقم أسبقية الطلب ، التي يتم على أساسها ضبط الأسبقيات كما تدون فيه المستندات المقدمة مع الطلب ، وتاريخ إحالته الى المكتب الهندسي بهيئة المساحة وإعادته منها ، ويثبت فيه توقيع أصحاب الشأن بالاستلام ، كما ينفذ به في خانة مستقلة رقم مشروع المحرر .

- **إحالة طلب التسجيل الى المكتب الهندسي لمراجعته من الناحية المساحية** :

تنص المادة (٦) من مرسوم اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقاري على أنه " تعاون المأموريات في فحص طلبات الشهر أقلام هندسية ، تعين بالاتفاق بين وزير العدل والمالية " ، وتنص المادة (٧) من ذات اللائحة التنفيذية على أنه : " ١- تتلقى المأمورية المختصة الطلبات الخاصة بشهر المحررات من ثلاث نسخ متطابقة ، ومعها الأوراق المنصوص عليها في القوانين واللوائح . ٢- وتتولى فحصها من الناحية القانونية ، ثم تحيلها – بعد استيفاء ما يلزم توافره فيها – الى قلم الاستعلامات الهندسية " ، وتنص المادة (٨) من اللائحة على أنه : " ١- يتولى قلم الاستعلامات الهندسية مراجعة الطلب من الناحية المساحية ، وعلى الأخص فيما

يتعلق بمعاينة العقار على الطبيعة للتثبت من موقعه ومسطحه وحدوده ، وما يتبع ذلك من تطبيق مستندات التمليك وتحديد العقار بوضع علامات عند الاقتضاء ، وكذلك فيما يتعلق بفحص المكلفات لتعيين التكليف الواجب النقل منه . ٢- ويوافي هذا القلم المأمورية برأيه كتابة في هذا الشأن " . يتضح من هذه المواد أن هناك أقلام استعلامات تعاون مأموريات الشهر العقاري في فحص طلبات الشهر وذلك من الناحية المساحية للتثبت من مطابقة موقعه ومسطحه وحدوده مع مستندات المقر .

- **بيانات طلب التسجيل** :

(١) ***البيانات الدالة على شخصية المقر والمقر له*** : وهذه البيانات تشمل الاسم الثلاثي للمتعامل وسنه وديانته وجنسيته ومهنته ومحل إقامته .

(٢) ***البيانات اللازمة لتعيين العقار محل الإقرار*** : تنص المادة (٢٢) "ثالثا" من القانون رقم **١١٤** لسنة **١٩٤٦** بتنظيم الشهر العقاري على أنه : ثالثا : البيانات اللازمة المفيدة في تعيين العقار ، وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده ، فإن كان من الأراضي الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة ، وإن كان من أراضي البناء أو من العقارات المبنية وجب ذكر اسم القيم والشارع والحارة والرقم إن وجد . يتضح من هذه الفقرة ضرورة توضيح البيانات اللازمة في تعيين العقار بطلب التسجيل خاصة بيان موقع ومساحة وحدود العقار . وتنص تعليمات مصلحة الشهر العقاري والتوثيق على أنه " ويراعى بالنسبة للأراضي الزراعية والعقارات الكائنة بسكنات غير المربوط عليها عوائد مباني ، وغير الموجود بها مجالس مدن أو قرى ، ذكر التفاصيل الآتية في طلبات الشهر والمحررات واجبة الشهر : ١. اسم المحافظة والمركز والناحية . ٢. اسم الحوض ورقمه . ٣. رقم القطعة . أما بالنسبة للعقارات الكائنة بالمدن المربوط عليها عوائد مباني ، أو بها مجالس مدن أو قرى ، فالتفاصيل الواجب ذكرها هى : أ) اسم المحافظة والمركز أو القسم والناحية أو الشياخة . ب) اسم الشارع أو الحارة أو الزقاق ورقمه إن وجد . ج) رقم المنزل أو القطعة حسب الموضح بخرائط المدن ، وحسب ترقيم التنظيم والحدود والأطوال كما هو موضح قبل " .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " تمسك الطاعنين بتعيين المبيع وتدليلهما على ذلك بوضع يدهما عليه تنفيذا لعقد شرائهما له ، وبحكمين ضمتهما المحكمة ،

وطلبهما إحالة الدعوى للتحقيق . دفاع جوهري . التفات الحكم المطعون فيه عنه وعدم مواجهته له بما يصلح ردا عليه مكتفيا بقالة عدم تعيين الأرض المبيعة تعيينا كافيا ، لعدم ذكر رقم القطعة أو حدودها رغم ما أثبته من أن المبيع ذاته محل عقد بيع آخر صادر من المطعون ضده الأول الى المشتري الثاني . قصور مبطل " (نقض مدني ٢٠٠٠/٢/٢٢ طعن ٢١٧ لسنة ٦٣ق) وبأنه " محل الالتزام يكفي أن يكون قابلا للتعيين . وجوب أن يتضمن عقد البيع ما يسمح بتمييز المبيع عن سواه ويمنع اختلاطه بغيره . المادتان ١٣٣ ، ٤١٩ من القانون المدني . مفاد نص المادتين ١٣٣ ، ٤١٩ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه لا يشترط لصحة العقود أن يكون محل الالتزام معينا ، بل يكفي أن يكون قابلا للتعيين ، وأن يتضمن عقد البيع ما يسمح بتميز المبيع عن سواه ، ويمنع اختلاطه بغيره ، لو تنازع طرفا البيع حول تحديد المبيع " (نقض مدني ١٩٩٤/١/١١ مجموعة محكمة النقض ٤٥–١–١٢٩–٢٦) وبأنه " مغايرة حدود المبيع في صحيفة دعوى صحة التعاقد لتلك الواردة بعقد البيع . لا يحول دون قيام الأثر المترتب على تسجيل الصحيفة ، طالما أن المغايرة ليس من شأنها التجهيل بحقيقة المبيع . مغايرة حدود المبيع في صحيفة دعوى صحة التعاقد لتلك الواردة بعقد البيع لا يحول دون قيام الأثر المترتب على تسجيل الصحيفة ، طالما أن المغايرة ليس من شأنها التجهيل بحقيقة المبيع في كل منهما"(نقض مدني ١٩٨٣/٥/١٢ مجموعة محكمة النقض ٣٤–٢–١١٤٠–٢٢٩)

(٣) **موضوع المحرر المراد شهره** : تنص المادة (٢٢) "رابعا" من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري على أنه : رابعا : موضوع المحرر المراد شهره ، وبيان المقابل ، أو مقدار الدين إن وجد " . يتضح من هذه المادة ضرورة تحديد موضوع المحرر المراد تسجيله هو الإقرار كتصرف مفرز واجب الشهر لحق من الحقوق العقارية العينية الأصلية .

- **إخطار المأمورية طالب التسجيل (بالقبول للشهر)** :

تقوم مأمورية الشهر العقاري بالتأشير على الطلب بالقبول للشهر وذلك بعد فحصها للطلب فور عودته من المكتب الهندسي وحصرها لأوجه النقض إن وجدت ويتم تسليم صاحب الشأن إخطار القبول مع كافة المستندات المقدمة وصورة من

الطلب وصورة من كشف التحديد وذلك خلال ثلاثة أيام من تاريخ التأشير وإذا لم يحضر صاحب الشأن لاستلاك هذه الأوراق يتم إرسالها بالبريد المسجل المصحوب بعلم الوصول .

- **تقديم مشروع المحرر** :

تنص المادة ٤٨٥ من تعليمات مصلحة الشهر العقاري على أنه : " يقدم صاحب الشأن – بعد التأشير على الطلب بقبول إجراء الشهر – مشروع المحرر المراد شهره للمأمورية المختصة ، ومعه الصورة المؤشر عليها من هذا الطلب . ويعد بالمأمورية دفتر يدون فيه مشروعات المحررات على حسب تواريخ وساعات تقديمها " يتضح من هاتين المادتين أنه يتعين على طالب تسجيل الإقرار بعد التأشير على طلبه بقبول الشهر تقديم مشروع الإقرار المراد تسجيله لمأمورية الشهر المختصة على أن يكون مكتوبا بالمداد الأسود على الورق الأزرق المدموغ ، ويجوز أن يكون على ورق أبيض عادي ذي هامش عريض . وأن يرفق بمشروع الإقرار كافة المستندات التي تسلمها مع إخطار القبول . كما يتعين عليه الالتزام بالبيانات الواردة بإخطار القبول وبيانات كشف التحديد المساحي دون أى إضافات تغير من مضمونها.

- **قيد مشروع المحرر بدفتر أسبقية المشروعات** :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٨ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري والتوثيق على أنه : " .... ويعد بالمأمورية دفتر يدون فيه مشروعات المحررات حسب تواريخ وساعات تقديمها " . يتضح من هذه الفقرة أن المشرع أوجب على مأمورية الشهر العقاري الجزئية المختصة إعداد دفتر يسمى (دفتر أسبقية المشروعات) تدون به مشروعات المحررات حسب تواريخ وساعات تقديمها للمأمورية المختصة ، ويسلم صاحب الشأن إيصالا بذلك .

- **مراجعة مشروع الإقرار والتأشير عليه (بصالح للشهر)** :

إذا قيد مشروع الإقرار بدفتر أسبقية المشروعات وتم مراعاة حكم المادة ٥٩ من قانون المحامين رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ التي توجب توقيع أحد المحامين المقبولين أمام المحاكم الابتدائية إذا بلغت قيمة التعاقد خمسة آلاف جنيه فأكثر . وإذا لم يتعرض طلب التسجيل لإنذارات وقف التأشير على مشروع المحرر ففي هذه

الحالة تقوم مأمورية الشهر العقاري الجزئية المختصة بالتأشير على مشروع المحرر باصطلاح (صالحا للشهر) وذلك بعد أن تثبت من تضمين المشروع جميع البيانات الواردة في إخطار القبول المعتمد من المأمورية وبيانات كشف التحديد المستخرج من المكتب الهندسي مع مراعاة عدم الكشط أو التحشير أو الإضافات غير المنوه عنها في ذيل المشروع ، وكذلك سد فراغات السطور للحيلولة دون أية إضافة بعد التأشير على المشروع بالصلاحية للشهر .

- **إحالة مشروع تسجيل الإقرار لمكتب الشهر برقم أسبقية ومن نسخة أصلية محررة بالمداد الأسود على الورق الأزرق المدموغ** :

بعد أن تقوم مأمورية الشهر العقاري الجزئية المختصة بمراجعة المشروع من الناحية القانونية والتأشير عليه بصالح للشهر يأتي دور مكتب الشهر العقاري حيث يقوم بتسجيل الطلب بدفتر الشهر بعد قيامه بمراجعة الطلب من الناحيتين المالية والقانونية .

- **مراجعة مشروع المحرر من الناحيتين المالية والقانونية** :

يقوم مكتب الشهر العقاري بمراجعة مشروع الإقرار كتصرف واجب الشهر لحق من الحقوق العقارية العينية الأصلية من الناحية المالية حيث يقوم العضو الإداري بالمكتب المختص بتقدير رسوم الشهر العقاري المقررة على مشروع التسجيل . أى أن هذه المراجعة المالية يتعلق بالجانب المالي خاصة التحقق من سلامة وتقدير رسوم التوثيق والشهر إلا أنه لا يتم تقدير الرسوم المستحقة على المشروع إلا بعد التثبت من تضمين المشروع اتساع عرض الشوارع بالأرقام والحروف .

بعد ذلك يقوم المكتب بمراجعة المشروع من الناحية القانونية وهى مراجعة تتعلق بسلامة المشروع ومطابقته لصحيح القانون وخلوه من النحشير أو الإضافة ومطابقة بياناته المدونة به على المستندات المرفقة . وبعد إتمام مراجعة الطلب من الناحية المالية والقانونية يقوم لمكتب بتدوين الطلب بدفتر الشهر .

- **تسليم طالب التسجيل صورة فوتوغرافية من الإقرار المسجل** :

يترتب على إتمام تسجيل الإقرار كتصرف مقرر واجب الشهر ، لحق من الحقوق العقارية العينية الأصلية عدة آثار ، عددتها كل من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقاري ، وكذلك تعليمات مصلحة الشهر العقاري . فذكرت اللائحة

التنفيذية للقانون : الفهارس والاطلاع والشهادات والصور . وذكرت تعليمات مصلحة الشهر العقاري : التأشير على الإقرار كتصرف مقرر واجب الشهر ، لحق من الحقوق العقارية العينية الأصلية بما يفيد تسجيله ، ختم المرفقات المتعلقة بالإقرار الذي تم تسجيله بخاتم خاص ، تصوير الإقرار الذي تم تسجيله ، حفظ أصل الإقرار الذي تم تسجيله ، حفظ المرفقات المتعلقة بالإقرار الذي تم شهره ، الاطلاع على دفاتر الشهر العقاري وتسليم الشهادات العقارية . (انظر المنجي ، مرجع سابق – ،أنور طلبة ، مرجع سابق ، شريف الطباخ في الإثبات ، مرجع سابق)

- **مدى حجية الإقرار كتصرف مقرر واجب الشهر لحق من الحقوق العقارية العينية الأصلية :**

تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري على أنه : " جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير " . يتضح من هذه المادة أن الإقرار كتصرف واجب الشهر لحق من الحقوق العقارية العينية الأصلية لا يكون سببا لهذا الحق وإنما دليلا على وجوده وبناءا على ذلك يكون الإقرار حجة على المقر حتى قبل تسجيله باعتباره دليلا قام في حقه على ملكية المقر له للحق العقاري محل الإقرار . ولكن حجية الإقرار بالنسبة للغير لا تقوم إلا بتسجيله ، باعتبار أن التسجيل يرد على سند الملكية محل الإقرار ولا يرد على دليلها .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " الإقرار غير القضائي المثبت في ورقة عرفية موقع عليها من المقر . حجة عليه وعلى خلفه العام . عدم جواز تنصلهما منه بالإرادة المنفردة إلا لمبرر قانوني ، والمقرر في قضاء هذه المحكمة ، أن الإقرار غير القضائي المثبت في ورقة عرفية موقع عليها من المقر حجة عليه وعلى خلفه العام ، ولا يحق لأى منهما التنصل منه بإرادته المنفردة إلا لمبرر قانوني ، والإقرار غير القضائي خضوعه في تقديره لسلطة محكمة الموضوع . التزامها بأن تقول كلمتها فيه متى تمسك الخصم بدلالته . إعراضها عن ذلك . قصور " (نقض مدني ٢٠٠٤/٥/١٨ طعن رقم ١٣٠١ لسنة ٧٣ق) وبأنه " الإقرار . ماهيته . الإقرار القضائي قد يرد في صحيفة الدعوى ، أو في مذكرة يقدمها الخصم للمحكمة . ما

يذكره في ساحة القضاء متصلا بآخر في الدعوى لا يعد إقرارا " (نقض مدني ١٩٩٢/٤/٩ مجموعة محكمة المقض ٤٣-١-٥٥٠-١١٧) وبأنه " الإقرار القضائي . جواز إبدائه من الخصم شفاهة أمام القضاء ، أو كتابة في مذكرة مقدمة منه أثناء سير الدعوى " (نقض مدني ١٩٩٠/١/٢٥ مجموعة محكمة النقض ٤١-٢-٨٦-١٨٦) وبأنه " الإقرار بالملكية هو نزول من المقر عنه حق في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه من ملكية ، وإخبار منه بملكية سابقة للمقر له ، وحجة على المقر دون حاجة الى تسجيل ، طالما صدر منه عن إرادة حرة ، ويضحى دليلا للمقر له في إثباته للملكية قبل المقر ، مما يجيز له طلب الحكم بصحته ونفاذه " (نقض مدني ١٩٨٢/٦/١٥ مجموعة محكمة النقض ٢٣-٢-٧٦٧-١٣٥ نقض مدني ١٩٨٥/١٠/٢٤ طعن رقم ٢٢٦٠ لسنة ٥١ق) وبأنه " الإقرار الصادر في قضية أخرى . ليس إقرارا قضائيا ملزما . اعتباره من قبيل الإقرار غير القضائي . تقديره . متروك لمحكمة الموضوع . إطراحها له . التزامها ببيان سبب ذلك وإلا كان حكمها مشوبا بالقصور " (نقض مدني ١٩٩٢/١٢/١٠ مجموعة محكمة النقض ٤٣-٢-١٣٠٤-٢٦٦) وبأنه " ما يصدر من الوكيل في حضور موكله . حجة على الأخير ، إلا إذا تلقاء أثناء نظر القضية في الجلسة . م٧٩ مرافعات . حضور الخصم وعدم اعتراضه على إقرار محاميه أثناء نظر القضية بالجلسة . أثره . حجية هذا الإقرار على الخصم بما ود فيه ، ولو كان المحامي حاضرا عنه بغير توكيل ، أو كان عقد وكالة المحامي لا يبيح له الإقرار . م٧٩ مرافعات " (نقض مدني ١٩٩٦/٦/٢٥ مجموعة محكمة النقض ٤٧-٢-١٠٢٥-١٩٣) وبأنه " الإقرار الصادر من الوكيل أمام القضاء الذي ينطوي على تصرف قانوني . وجوب استناده الى توكيل . مقتضى ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ من القانون المدني ، والمادة ٧٦ من قانون المرافعات – على ما جرة به قضاء هذه المحكمة – أنه إذا كان الإقرار الصادر من الوكيل أمام القضاء منطويا على تصرف قانوني ، هو النزول عن حق ، فإنه يعد عملا من أعمال التصرف التي يتعين أن يصدر بها توكيل خاص ، أو أن يرد ضمن توكيل عام ينص فيه صراحة على هذا التفويض " ( نقض مدني ١٩٩٠/١/٢٥ مجموعة محكمة النقض ٤١-١-٢٥٨-٥١) وبأنه " محكمة الموضوع . سلطتها في تحصيل توافر أركان الإقرار القضائي . النعى بأن الخصم أقر إقرارا قضائيا أمام

محكمة الموضوع . عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض . إن تحصيل توافر الأركان اللازمة لاعتبار الإقرار الصادر من الخصم إقرارا قضائيا ملزما له – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من الأمور التي يخالطها واقع ، مما يترك أمر تقديره لمحكمة الموضوع ... فإن النعى بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلا في سلطة محكمة الموضوع ، لا تجز إثارته أمام محكمة النقض " (نقض مدني ١٩٩٢/٣/١٢ مجموعة محكمة النقض ٤٣-١-٤٣٨-٩٥)

**ثانياً** : **القسمة** : جاءت المادة ٨٤٣ من القانون المدنى بقولها " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص " ، فبناء على هذا النص يكون للقسمة أثر رجعى . فهى مقررة أو كاشفة للحق سواء أكانت القسمة بالتراضى ، أم كانت قضائية ، وسواء أكانت القسمة القضائية قسمة عينية أم كانت قسمة تصفية . وقد أوجبت المادة ١٠ من قانون تنظيم الشهر العقارى بتسجيل القسمة العقارية للاحتجاج بها على الغير . ولما كان التسجيل مشترطا هنا لحماية الغير ، فلا يجوز التمسك بعدم التسجيل ضد الغير . وإذا كانت القسمة خاصة بعقار ، وامتنع بعض المتقاسمين عن التصديق على الاتفاق ، فلا مانع من طلب صحة التعاقد لا مكان التسجيل .

**ثالثاً** : **عقد الصلح** : الصلح عقد به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه ، وتنص المادة ٥٥٤ من القانون المدنى على أن : " للصلح أثر كاشف بالنسبة الى ما تناوله من الحقوق ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها " ، فإذا كان محل الصلح حقا عينيا عقاريا فلا يلزم التسجيل للاحتجاج بالصلح فيما بين الطرفين ، أما بالنسبة للغير فإنه يجب التسجيل لكى ينتج العقد أثره طبقاً لنص المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى بعد صدور الحكم المحكمة الدستورية أصبح الأمر جوازى.

- **الأحكام المقررة واجبة الشهر** :

تنص المادة ١٦ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقاري على أنه : " ١- يؤشر بمنطوق الحكم النهائي في الدعاوى المبينة بالمادة السابقة في ذيل التأشير بالدعوى أو في هامش تسجيلها . ٢- ويتم التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها عقب تسجيل هذه الأحكام من هذه المادة يتضح أن

هناك طريقان الشهر الحكم الوارد على حقوق عينية عقارية أصلية ، وهما ؟ التأشير الهامشي والتسجيل " ، وبناءا عليه إذا كانت صحيفة دعوى صحة التعاقد الواردة على حقوق عينية عقارية أصلية قد تم شهرها بطريق التسجيل فإن الحكم الصادر فيها يشهر بطريق التأشير الهامشي بمنطوقه في هامش تسجيل الدعوى وإذا كانت صحيفة الدعوى قد تم شهرها بطريق التأشير الهامش ويجوز بالرغم من تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد أن يتم تسجيل الحكم الصادر منها ، وعندئذ يتعين على مكتب الشهر العقاري المختص التأشير بمنطوق الحكم في هامش تسجيل الصحيفة ، وإذا لم تكن صحيفة الدعوى قد أشهرت أصلا ، فإن الحكم الصادر فيها يشهر بطريق التسجيل ، حتى يحتج به على الغير من تاريخ هذا التسجيل . (المستشار / أنور طلبة ، المرجع السابق ص٧٩٢)

والملاحظ أن محكمة النقض – حتى قبل إضافة الفقرة الثانية من المادة ١٦ من قانون الشهر العقاري بالقانون ١٩٧٦/٢٥ – تجيز شهر الحكم بطريق التسجيل ، وترد أثره الى تاريخ شهر صحيفة الدعوى حتى لو لم يؤشر به ، وذلك بقولها : " مؤدى نصوص المواد ١٥ ، ١٦ ، ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري ، أن المشرع قد رسم للمدعى في دعوى صحة التعاقد طريقا يمكنه من التمسك بالحكم الذي يصدر لصالحه ، ضد كل من آلت إليه الحق من البائع المدعى عليه ، وإعلام الغير بالأخطار التي يتعرضون لها عند التعاقد بشأن العقار موضوع الدعوى " ، وإذ كان هذا الإعلام يتحقق بالتأشير بمنطوق الحكم وحده ، فإنه من باب أولى يتحقق بشهر الحكم كاملا ، إذ أن هذا الشهر يتضمن كل بيانات التسجيل الهامشي ويزيد عليه ، ومتى تقرر ذلك ، فإن أثر تسجيل الحكم من حيث الاحتجاج على من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار ، يرتد الى تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . (نقض مدني ١٩٦٩/١/٣٠ مجموعة محكمة النقض ٢٠-١١-١٩٣-٣٢ ، نقض مدني ١٩٨٣/٣/١٣ طعن ٣١٠ لسنة ٤٩ق)

- **وجوب تسجيل دعاوى صحة التعاقد إذا وردت على حقوق عينية عقارية أصلية . وانسحاب أشهر الحكم الى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى :**

تنص المادة ١٥ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقاري على أنه : " ١- يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما

يقدم ضدها من الدعاوى ، التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى . ٢- ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية ، أو التأشير بها حسب الأحوال . كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية . ٣- وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة . وتنص المادة (١٧) من القانون على أنه : " ١- يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ أو التأشير بها ، أن حق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ٢- ولا يكون هذا الحق حجة على الغير ، الذي كسب حقه بحسن نية ، قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما في الفقرة السابقة . ٣- ولا يسري حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التي يتم التأشير بها ، بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية ، أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول " . يتضح من هاتين المادتين أن تسجيل دعاوى صحة التعاقد أصبح لازما ، طالما وردت على حقوق عينية عقارية أصلية ، وأنه يترتب على التأشير بمنطوق الحكم النهائي الصادر فيها ، على هامش تسجيل صحائفها انسحاب أثر هذا التأشير الى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ، وأن ذلك على سبيل الاستثناء ، حماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى ، وهذا الاستثناء لا يصح التوسع في تفسيره أو القياس عليه . ويتم الإبقاء على الحالات الخارجة عن نطاق هذا الاستثناء على حكم الأصل العام ، باعتبار أن الملكية لا تنتقل لا يبين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير ، إلا بتسجيل العقد ، أو بشهر الحكم ، وسواء تم شهر الحكم بالتسجيل أو بالتأشير الهامشي ، بمنطوقه في هامش تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد ، ومن تاريخ هذا التسجيل أو الشهر تنتقل الملكية الى المشتري .

- **إجراءات شهر الحكم** :

إذ كانت صحيفة دعوى صحة التعاقد غير مسجلة ، فإنه يتعين تسجيل الحكم طبقا للمادة ٢/١٦ من قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ فتمر إجراءات تسجيل الحكم بكافة مراحل الشهر الآتية :

- **تقديم طلب التسجيل لمأمورية الشهر العقاري الجزئية المختصة وهى التي يقع العقار في دائرة اختصاصها** : فتنص المادة (٢١) من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقاري على أنه : " تقدم طلبات الشهر للمأمورية التي يقع العقر في دائرة اختصاصها على النموذج الذي يصرف بغير مقابل ويصدر به قرار من وزير العدل ويجوز تقديم الطلبات على غير هذا النموذج على أن تتضمن البيانات الواردة في القرار المشار إليه" . ويشترط أن يكون الطلب مستوفيا كافة البيانات الخاصة بأصحاب الشأن وبموقع العقار والبيانات الخاصة بالتكليف والبيانات الخاصة بالحقوق العينية الأخرى على العقار . ويرفق بالطلب حافظة مستندات تتضمن صورة رسمية من الحكم وكافة المستندات اللازمة لإجراء الشهر . بعد ذلك يتعين على المأمورية قيد الطلب بدفتر أسبقية الطلبات فتنص المادة (٢٤) من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقاري على أنه : " ويعتبر الطلب كأن لم يكن إذا لم يتم شهر المحرر خلال سنة من تاريخ قيد الطلب " ، وتنص المادة (٢٢) من تعليمات مصلحة الشهر العقاري على أنه " يؤدي الرسم المستحق على طلب الشهر قبل قيده بدفتر أسبقية الطلبات " ، وبعد أن يؤشر المأمورية على الطلب بالقبول للشهر يتم إخطار طالب التسجيل بذلك ويسلم صورة رسمية من الحكم ، ويرفق منها صورة من العقد محررة على الورق الأزرق المدموغ . فيقوم طالب التسجيل بتقديم الصورة الرسمية من الحكم مصحوبة بصورة العقد وسائر الأوراق المقدمة الى ذات المأمورية . فيتضح على صورة الحكم باعتبارها مشروعا للمحرر خاتم (صالحا للشهر) وكذلك على صورة العقد ثم يسدد رسوم الشهر العقاري دون رسوم التصديق بعد ما حل الحكم محل هذا التصديق ، ويتقدم طالب التسجيل بالأوراق السالفة الى مكتب الشهر العقاري الرئيسي المختص ، الذي تتبعه المأمورية الجزئية ، لتسجيل الحكم والعقد (بدفتر الشهر) أخطر السجلات ، ثم تسليم الطالب صورة فوتوغرافية منهما ، وذلك على التفصيل السالف الذي رأيناه في تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد .

- **إجراءات شهر الحكم وإذا كانت صحيفة دعوى صحة التعاقد مسجلة يتم شهر الحكم عن طريق التأشير الهامشي** :

لما كان مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا ينقل الملكية ، إلا بعد التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة ونفاذ العقد في هامش تسجيل الصحيفة ، فإنه يتعين على المشتري أن يتقدم الى مأمورية الشهر العقاري الجزئية المختصة ،

الواقع في دائرتها العقار المحكوم بصحته ونفاذه ، بطلب لشهر هذا الحكم ، ويتم إرفاق حافظة مستندات تشتمل على الصورة التنفيذية من الحكم المراد شهره مع طلب التسجيل ، على أن تكون محررة بالمداد الأسود على الورق الأزرق المدموغ ، ويرفق بطلب الشهر حافظة مستندات تشتمل على الصورة التنفيذية من الحكم المراد شهره ، محررة بالمداد الأسود على الورق الأزرق المدموغ ، وتشتمل كذلك على كافة المستندات اللازمة للشهر .

فتقوم المأمورية بقيد الطلب بدفتر أسبقية الطلبات ويتم إخطار طالب الشهر (بالقبول للشهر) ، وتقوم المأمورية بمراجعة الحكم ويكون بحثها فتقصر على تحقيق الملكية والتكليف ومتى تأكدت المأمورية أن من صدر ضده الحكم كان هو المدعى عليه في دعوى صحة التعاقد التي سجلت صحيفتها ، وأنه هو المالك للعقار ، ختمت الحكم بخاتم (صالحا للشهر) بعدها يتقدم طالب شهر الحكم الى مكتب الشهر العقاري الرئيسي الذي تتبعه المأمورية بالحكم لشهره ، ويتم شهره بالتأشير الهامشي ، ويرتد أثر هذا التأشير الى تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . أما إذا تأكدت المأمورية أن من صدر ضده الحكم كان غير مالك العقار ، رفضت طلب شهر الحكم ، وعندئذ يتعذر شهره بأى طريق من طرق الشهر العقاري الأربعة المعروفة .

لكن قد يحدث بسبب ازدحام العمل أن تؤشر المأمورية على الحكم بخاتم (صالحا للشهر) رغم أن المحكوم عليه غير مالك . فإذا لم يستدرك المكتب الخطأ أثناء مراجعة المستندات عليه أن يمتنع عن الشهر . أما إذا لم يستدرك الخطأ وقام بشهر الحكم فإن هذا الحكم لا يترتب عليه نقل الملكية الى من صدر الحكم لصالحه .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " لئن كان صحيحا أن تسجيل عقد البيع لا ينقل الملكية الى المشتري ، إلا إذا كان البائع مالكا لما باعه ، إلا أن بيع مالك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري وحده ، ولا يسري في حق المالك الحقيقي ، ولهذا المالك أم يقر البيع في أى وقت ، فيسري عندئذ في حقه ، وينقلب صحيحا في حق المشتري ، كما ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد " (نقض مدني ١٨/٤/١٩٦٨ مجموعة محكمة النقض

١٩-٢-٧٨٠-١١٣) وبأنه " بطلان عقد بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري ، ومن ثم فيكون له – دون غيره – أن يطلب إبطال العقد . وإجازة المشتري للعقد تزيل قابليته للإبطال ، وتجعله صحيحا فيما بين العاقدين . أما بالنسبة للمالك الحقيقي فيجوز له إقرار هذا البيع صراحة أو ضمنا " (نقض مدني ١٩٩٠/٧/٢٥ طعن مدني ٢٤٥ لسنة ٥٥ق)

- **شهر الأحكام الأخرى غير أحكام صحة التعاقد** :

إذا كانت صحيفة الدعوى غير مسجلة يشهر الحكم الصادر فيها عن طريق التسجيل ويمر الحكم بكافة مراحل الشهر العقاري . أما إذا كانت صحيفة الدعوى مشهرة سواء بطريق التسجيل أو بطريق التأشير الهامشي ، ويشهر الحكم في هذه الحالة بطريق التأشير الهامشي ، حيث يقوم من صدر الحكم لصالحه بتقديم صورة رسمية من الحكم محررة بالمداد الأسود على الورق الأزرق المدموغ الى مكتب الشهر العقاري المختص ومرفقا بها طلب لشهره ، فيقوم المكتب بالتأشير الهامشي ، ويلاحظ أنه لا يترتب على الشهر أثره إلا إذا كان المحكوم عليه مالكا للعقار .

- **وجوب صيرورة الحكم نهائيا** :

تنص الفقرة الأولى من المادة ١٦ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقاري على أنه : " يؤشر بمنطوق الحكم النهائي في الدعاوى المبينة بالمادة السابقة في ذيل التأشير بالدعوى أو في هامش تسجيلها " ، وتنص المادة (١٧) أيضا على أنه : " ١- يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ ، أو التأشير بها ، أن حق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ، ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ٢- ولا يكون هذا الحق حجة على الغير ، الذي كسب حقه بحسن نية ، قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما في الفقرة السابقة . ٣- ولا يسري حكم الفقرة الأولى من هذه المادة ، على الأحكام التي يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية ، أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول " .

- **والحكم يصبح نهائيا في أحد الحالات الآتية** :

- الحكم الانتهائي الصادر من المحكمة الابتدائية . إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز عشرة آلاف جنيه .
- الحكم الابتدائي إذا مضت عليها مواعيد الطعن العادية .

- الحكم الابتدائي الذي يطعن عليه بطرق الطعن العادية . وتأيد استئنافيا فإذا قضت محكمة الاستئناف ببطلان الحكم الابتدائي فيكون الحكم الصادر منها هو الحكم النهائي لكن إذا قضت محكمة الاستئناف بالبطلان مع إعادة الدعوى الى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها فإن الحكم يعد كأن لم يكن .

وفي حالة ما يكون الحكم نهائيا فإن الطعن في حكم الاستئناف بأى طريق من طرق الطعن غير العادية لا ينال من اعتباره نهائيا ويظل صالحا للشهر به ، وإذا قضى في الطعن غير العادي بإلغاء حكم الاستئناف زالت كل الآثار التي ترتبت عليه ومنها التأشير به دون أن ينال ذلك من تسجيل صحيفة الدعوى . أما إذا اقتصر الطعن على إلغاء الحكم وإعادة النزاع للفصل فيه مجددا زالت بذلك صفة النهائية التي قررت بالحكم النهائي وكل أثر ترتب عليها كالتأشير بالحكم فيعد التأشير كأن لم يكن ، والمقرر قانونا وجوب التأشير بالحكم خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا ، حتى لو طعن فيه بطريق غير عادي ، وألغى الحكم وأعيد الفصل فيه مجددا ، وتحتسب مدة الخمس سنوات منذ ٣صدور الحكم النهائي لأول مرة ، و لا يساغ القول بأنه طالما ألغى الحكم النهائي الأول ، فإن المدة تحتسب من تاريخ صدور حكم نهائي جديد ، باعتبار أن الحكم الأول قد أصبح كأن لم يكن . (المستشار / أنور طلبة ، مرجع سابق ص٨٠٠)

- **الأثر المترتب على عدم التسجيل** :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقاري على أنه : " ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها ، لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوي الشأن ، ولا بالنسبة الى غيرهم " .

وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٠ من ذات القانون على أنه : " .... ويترتب على عدم التسجيل ، أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير " .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٧ من ذات القانون على أنه : " ولا يكون هذا الحق حجة على الغير ، الذي كسب حقه بحسن نية ، قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما في الفقرة السابقة " .

فيتضح من هذه الفقرات أن كل حكم نهائي ينشئ أو ينقل أو يغير أو يزيل أو يقرر حقا من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب تسجيله لأنه يترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تنشا ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة الى الغير ، كما أن هذه الأحكام لا تكون حجة على الغير .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " الملكية في المواد العقارية والحقوق العينية الأخرى ، لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير إلا بالتسجيل . وما لم يحصل هذا التسجيل ، تبقى الملكية على ذمة المتصرف ، ولا يكون للمتصرف إليه ما بين تاريخ التعاقد الى وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون أى حق فيها ، وكان الثابت أن الطاعنين لم يسجلا عقد شرائهما للأرض محل النزاع إلا بتاريخ ....... فإن الملكية لا تنتقل إليهم إلا منذ هذا التاريخ ، ويكون الحكم قد التزم هذا النظر موافقا لصحيح القانون " (نقض مدني ١٩٩٠/٢/١ طعن ١١٩٦ لسنة ٥٣ق) وبأنه " بيع العقار قبل أن يسجل ، لا يزال من طبيعته نقل الملكية إذ ينشئ التزاما بنقلها في جانب البائع ، وكل ما أحدثه قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقاري من تغيير في أحكام البيع – وعلى ما جرى به قضاء ههذ المحكمة – هو أن نقل الملكية بعد أن كان نتيجة لازمة للبيع الصحيح ، أصبح متراخيا ما بعد شهره . ولذلك يبقى البائع ملزما بموجب العقد بتسليم المبيع وينقل الملكية للمشتري ، كما يبقة المشتري ملزما بأداء الثمن ، الى غير ذلك من الالتزامات التي ترتبت بينهما على التقايل بمجرد حصول البيع " (نقض مدني ١٩٧٣/٥/٩ مجموعة محكمة النقض ٢٤-٢-٧٢٥-١٢٩) وبأنه " مؤدى ما نصت عليه المادتان الأولى والثانية من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ أن كل حكم يقرر ملكا أو حقا عينيا ، سواء كان نقلا أو إنشاء أو تغييرا يجب تسجيله . كما أن كل حكم يقرر فسخا أو بطلانا أو إلغاء يستند الى تاريخ العقد المحكوم بفسخه أو بطلانه أو إلغائه يجب كذلك ، ومن يثم تكون الحكام الصادر بفسخ وجب حتما بحكم القانون ، أو وقع نتيجة لشرط فاسخ صريح أو ضمني ، واجبة التسجيل ، باعتبار أنها أحكام مقررة . وعلى ذلك ، فإذا كان فسخ عقد البيع المسجل الصادر من مورث الطاعنين الى المطعون ضده الثاني ، قد قضى به ضمنا في الحكم الصادر برفض دعوى البائع بالمطالبة بباقي الثمن ، وكان هذا الحكم لم يسجل ، فإن المبيع يبقى في ملكية

المشتري ، ولا تعود ملكيته الى البائع " (نقض مدني ١٩٦٢/٢/٨ مجموعة محكمة النقض ١٣-١-١٩٦-٣٠)

- **وجوب شهر أحكام المحكمين** :

تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الخاص بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنه " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء الى التحكيم ، لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما ، بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية " .

وتنص أيضا المادة ٥٥ على أنه : " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي ، وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون " .

، وعلى ذلك فمشارطة التحكم هى العقد الذي يبرمه المتنازعان ، ويعبران فيه عن رغبتهما فض المنازعات بينهما عن طريق التحكيم ، وبمعنى آخر هى اتفاق الطرفين على الالتجاء الى التحكيم لتسوية المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما ، بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية ، وأحكام المحكمين هى الأحكام التي تصدرها هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد ، بأغلبية الآراء ، وتحوز أحكام المحكمين – الصادرة طبقا لقانون التحكيم – حجية الأمر المقضي ، وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في القانون المذكور (م ٥٥٨ ق التحكيم) ومشارطة التحكيم لا تعد من قبيل التصرفات أو الدعاوى واجبة الشهر لذلك فهى لا تخضع للتسجيل ، بخلاف أحكام المحكمين فهى تخضع للتسجيل بشأنها شأن أحكام المحاكم العادية مادام أنها تحوز حجية الأمر المقضي وتكون واجبة التنفيذ .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " الدعاوى الواجبة الشهر . بيانها . م١٥ ق١١٤ لسنة ١٩٦٤ . مشارطة التحكيم . لا تعد من قبيل التصرفات أو الدعوى المذكورة . تسجيل المشارطة . لا أثر له ، وجوب الاعتداد بتاريخ تسجيل حكم التحكيم دون تاريخ تسجيل المشارطة . نص المادتان ١٥ ، ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، يدل على أن المشرع استقصى الدعاوى الواجب شهرها ،

وهى جميع الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف القانوني الذي يتضمنه المحرر واجب الشهر وجودا أو صحة أو نفاذا ، وكذلك دعاوى الاستحقاق ودعوى صحة التعاقد ، وجعل التأشير بهذه الدعاوى أو تسجيلها يكون بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة ، ورتب على تسجيل الدعاوى المذكورة أو التأشير بها ، أن حق المدعى إذا تقرر بحكم يؤشر به طبق القانون ، فيكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . لما كان الثابت من أن التحكيم ليس من قبيل الدعاوى ، التي هى سلطة مخولة لصاحب الحق في الالتجاء الى القضاء للحصول على تقرير حق له أو لحمايته . كما أن مشارطة التحكيم لا تعد من قبيل التصرفات المنشئة أو الكاشفة لحق عيني عقاري أصلي ، أو من قبيل صحف الدعاوى ، وإنما هى مجرد اتفاق على عرض نوع معين على محكمين ، والنزول على حكمهم ، ولا يتضمن مطالبة بالحق أو تكليفا للخصوم بالحضور أمام هيئة التحكيم . مما مفاده أن مشارطة التحكيم لا تكون من قبيل التصرفات أو الدعاوى الواجب شهرها وفقا لأحكام المادتين ١٥ ، ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري ، وإن سجلت أو أشر بها ، لا يترتب على ذلك أن الحق المدعى به إذا تقرر بحكم المحكمة وتأشر به ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل مشارطة التحكيم ، لأن هذا الأثر يتعلق بالدعاوى فقط . لما كان ذلك ، وكان الثابت بالحكم الابتدائي – الذي تأيد بالحكم المطعون فيه – أن المطعون عليه الأول مباشر إجراءات التنفيذ قد أشهر حق اختصاصه ، بأن قيده في ١٩٦٤/٦/١٠ برقم ٣١١٥ على العقارات المنفذ عليها ، وكانت الطاعنة (المعترضة) قد سجلت عقد شرائها من المدين والحكم الصادر من المحكمين بصحة ونفاذ عقد البيع في ١٩٦٤/٧/١٥ برقم ٣٧٤١ أى أن المطعون عليه الأول قيد اختصاصه بتاريخ سابق على تسجيل الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع المشار إليه ، ولا عبرة في ذلك بتاريخ تسجيل مشارطة التحكيم على ما سلف البيان ، ولا يغير من ذلك ، قول الحكم المطعون فيه أن حكم المحكمين لم يسجل إلا ضمن أوراق تسجيل عقد البيع الابتدائي المؤرخ ١٩٥٥/١٢/٢٥ ، وذلك في ١٩٦٤/٧/١٥ برقم ٣٧٤١ في حين أن حكم المحكمين قد سجل ، لأن النعى في هذا الخصوص – بعد أن تبين أن قيد

الاختصاص سابق على تسجيل حكم المحكمين – يضحى غير منتج " (نقض مدني ١٩٨٠/٦/١٠ مجموعة محكمة النقض ٣١-٢-١٧٠٧-٣١٨)

- **الدعاوى واجبة الشهر** :

تنص المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على أنه : " يجب التأشير في هامش تسجيل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجل تلك الدعاوى ، ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال ، كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ، وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلام صحيفة وقيدها بجدول المحكمة . مفاد هذا النص أن الدعاوى واجبة الشهر تشمل دعاوى الطعن في التصرف ودعاوى الاستحقاق ودعوى صحة التعاقد متى وردت على حقوق عينية عقارية .

(١) **دعوى الطعن في التصرف** : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على أنه " يحب التأشير في هامش تسجيل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا ، كدعوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى" . يتضح من هذه المادة أن الطعن قد ينصرف الى وجود التصرف منعدما منه إبرامه وهو ما ينال عن وجوده أصلا ، ويتحقق ذلك عن طريق دعوى البطلان المطلق للتصرف أو دعوى الصورية المطلقة للتصرف ، فكل من الدعويين تنال من وجود التصرف فتعدمه ، فلا يترتب عليه أى أثر من الآثار القانونية التي أراد المتعاقدان ترتيبها بإبرامهما له ، فإن كان عقدا ناقلا للملكية ، فإن الملكية لا تنتقل بموجبه حتى إذا سجل لكنها تبقى للمتصرف دون أن يتعلق للمتصرف إليه أى حق عليها ، وحتى ينفذ هذا الأثر بالنسبة للغير يجب شهر صحيفة الدعوى ، وقد ينصرف الطعن الى صحة التصرف ، فينشأ التصرف ويوجد ولكن تعلق به شائبة تنال منه تخول أحد الطرفين دون الطرف الآخر أن يطلب إبطال التصرف فإذا ما قضى له بذلك أهدر التصرف منذ تاريخ

إبرامه ، ويندرج تحت ذلك جميع التصرفات القابلة للإبطال الواردة على حق عيني عقاري وأيضا دعوى نقض قسمة المال الشائع للغبن ، وحتى ينفذ هذا الأثر بالنسبة للغير يجب شهر صحيفة الدعوى ، وقد ينصرف الطعن الى انحلال الرابطة العقدية لإخلال أحد المتعاقدين بالتزامه فتنصرف الدعوى الى طلب فسخ العقد أو الى تقدير إنفساخه إذا توافر الشرط الفاسخ الصريح وتحققت المخالفة التي توجب إعماله ، ومن هذا القبيل دعوى الرجوع في الهبة وهي دعوى بتقدير حق الواهب في فسخ عقد الهبة لعذر مقبول وانتفاء المانع من ذلك ، وأيضا دعوى تقرير التقايل الذي ترتب عليه إلغاء العقد متى امتنع الطرف عن تنفيذ التزامه برد العقار محل العقد ، وحتى ينفذ هذا الأثر بالنسبة للغير يجب شهر صحيفة الدعوى ، وقد ينصرف الطعن الى نفاذ التصرف ، فترفع الدعوى بعدم نفاذ التصرف في حق المدعى ، كدعوى عدم نفاذ الوصية فيما جاوز ثلث التركة في حق المدعى كوارث للموصى ، ويأخذ ذات الحكم دعوى عدم نفاذ تصرف المريض مرض الموت في حق ورثته فيما جاوز ثلث التركة ، فدعاوى الطعن في هذه التصرفات التي يجب التأشير بها أو تسجيلها فهى الدعاوى التي تطعن في وجود التصرف ، أو في صحته ، أو في نفاذه ، والدعاوى التي تطعن في وجود التصرف نوعان : (١) دعاوى تنكر وجود التصرف منذ البداية ، وهذه هى دعاوى الطعن ببطلان التصرف لسبب من أسباب البطلان المطلق (كانعدام الأهلية وفقد التميز وعدم مشروعية المحل أو السبب) ودعاوى الطعن بصورية التصرف فيكون التصرف في هذه الحالة لا جود له منذ البداية . (٢) دعاوى لا تنكر وجود التصرف منذ البداية ولكنها تهدف الى فسخه أو الى إلغائه ويدخل في هذه الدعاوى ، دعاوى الفسخ في العقود الملزمة للجانبين إذا لن يف أحد المتعاقدين بالتزاماته ، ودعاوى الانفساخ إذا كان العقد قد انفسخ من تلقاء نفسه لشرطه في العقد يقضي بذلك أو لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي ، ودعاوى الرجوع في الهبة لعذر مقبول وعدم وجود المانع من الرجوع ، ودعاوى حل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء لسبب يسوغ الحل (م٥٣٠/١مدني) أو انحلالها بسبب طلب أحد الشركاء إخراجه من الشركة لسبب معقول إذا كانت الشركة معينة المدة (م ٥٣١/٢ مدني) أما الدعاوى التي تطعن في صحة التصرف يندرج تحتها : (١) جميع دعاوى إبطال التصرف ، لسبب نقص في الأهلية أو عيب في الرضاء من

غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . (٢) دعوى نقض القسمة الرضائية ، إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس (م٨٤٥ مدني) أما إكمال باقي الشركاء حصة الشريك المغبون نقدا أو عينا ، فقد سبق بيان كيفية إجراء شهره ، وأما دعوى تكملة الثمن بسبب غبن يزيد على الخمس في بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ، فهذه إذا قضى فيها بتكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل (م٤٢٥ مدني) ولم يف المشتري بالتزامه من دفع تكملة الثمن ، تؤول الى دعوى فسخ ويجب شهرها كسائر دعاوى الفسخ ، وقبل هذا الشهر "لا تلحق هذه الدعوى ضررت بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع" (م٢/٢٤٦ مدني) والدعاوى التي تطعن في نفاذ التصرف يندرج تحتها . (١) الدعوى البوليصية وهى الدعوى التي يرفعها الدائن بطالا فيها عدم نفاذ تصرف المدين في حقه إذا توافرت في هذا التصرف شروط معينة (م٢٣٧ مدني) ، (٢) دعوى عدم نفاذ الوصية في حق الورثة فيما يزيد ثلث التركة ، ويلحق بها دعوى عدم نفاذ بيع المريض مرض الموت (أو تصرفه بوجه عام) في حق ورثته فيما يزيد على ثلث التركة (م٤٧٧ مدني) وقبل شهر هذه الدعوى لا يسري الحكم فيها "إضرارا بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة" (م٤٧٨ مدني) ونخلص من ذلك أن دعاوى الطعن في التصرفات واجبة الشهر ، والتي يجب التأشير بها أو تسجيلها ، تشتمل على الدعاوى الآتية : (١) دعوى الطعن ببطلان التصرف . (٢) دعوى الطعن بصورية التصرف . (٣) دعوى المطالبة بفسح التصرف . (٤) دعوى تقدير انفساخ التصرف . (٥) دعوى الرجوع في الهبة . (٦) دعوى حل الشركة وانحلالها . (٧) دعوى الطعن بإبطال التصرف . (٨) دعوى نقض القسمة الرضائية للغين . (٩) الدعوى البوليصية . (١٠) دعوى عدم نفاذ الوصية أو عدم نفاذ تصرف المريض مرض الموت في حق الورثة فيما يجاز ثلث التركة .

(٢) **دعوى الاستحقاق** : دعوى الاستحقاق هى الدعوى التي يرفعها مالك العقار لاسترداد عقاره من الحائز له ، ويستند فيها المالك إلى الملكية وإلى السبب الذي اكتسبها بموجبه ، فقد يكون التقادم الطويل أو الميراث أو العقد المسجل ...... الخ ، والأصل في دعوى الاستحقاق العقارية أن تكون المطالبة فيها بحق ملكية

العقار بين الحقوق العينية الأخرى ، ولا تطلق دعوى الاستحقاق ( action en revendication) بمعناها المألوف على الدعوى العينية التي طالب فيها المدعى بحق عيني عقاري آخر غير حق الملكية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق ، وقد أوجب المشرع تسجيل دعوى الاستحقاق ، كتصرف واجب الشهر واردا على حقوق عينية عقارية أصلية . فتنص العبارة الأولى من الفقرة الثانية من المادة (١٥) من قانون الشهر العقاري على ما يأتي " ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال " ، وقد أوجب المشرع ذلك حماية لحقوق المالك من أحكام المالك الظاهر الذي لا يكون مالكا في الواقع لكنه يظهر على العقار بمظهر المالك . وحتى يحاج الغير بالأحكام التي تصدر بهذه الدعوى .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقاري في مفهوم القرار بقانون ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العيني . شمولها دعاوى الاستحقاق . منها دعوى الاستحقاق عن طريق الميراث أو دعوى الإرث . ماهيتها . تلك التي يرفعها الوارث الحقيقي بعد قيد حق الإرث في السجل العيني لوارث ظاهر مطالبا باستحقاقه العقار الموروث ، اختلافها هذه المثابة عن الدعوى التي يرفعها الوارث الحقيقي على الحائز مطالبا باستحقاق العقار الموروث . دعوى الاستحقاق عن طريق الميراث أو دعوى الإرث شرط قبولها تضمن الطلبات فيها طلب تغيير بيانات السجل العيني الواردة في قيد حق الإرث . بما يفيد أن الوارث الحقيقي هو المالك للعقار وليس الوارث الظاهر والتأشير بهذه الطلبات أمام بيانات السجل المشار إليها وتقديم شهادة دالة على حصول التأشير " (نقض مدني ١٩٩٦/٣/١٣ مجموعة محكمة النقض ٤٧-١-٤٦٨-٩٠)

(٣) **دعوى صحة التعاقد** : سبق أن أشرنا إلى أن عقد البيع غير المسجل يرتب لمن عقد التصرف لمصلحته جميع الحقوق التى من شأن هذا التصرف أن يرتبها له ، ما عدا انتقال الملكية فيتراخى هذا الانتقال حتى حصول التسجيل ، ويكون على عاتق البائع التزاما جوهريا بكل ما هو ضرورى لنقل الملكية ، وقد جاءت المادة ٤٢٨ من القانون المدنى بقولها: " يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشترى وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا

أو عسيرا ، فعقد البيع لا ينتج أثره من نقل الملكية قانونا إلى المشترى إلا بالتسجيل ، فإذا أحال البائع دون تمكين المشترى من نقل الملكية بالتسجيل ، جاز للمشترى طلب الحكم بإثبات التعاقد أو بصحة التعاقد ، وتسجيل هذا الحكم " ، وأيضا إذا امتنع المشترى أو تقاعس فقد يكون للبائع مصلحة فى أن يرفع دعوى صحة التعاقد فله ذلك طالما أن مصلحته مشروعه وقد أكدت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٨٦ حيث قررت : " أن القانون لا يحدد الدعاوى التى يجوز رفعها وإنما يشترط لقبول الدعوى أن يكون لصاحبها مصلحة قائمة يقرها القانون وتكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه ، إذا كان ذلك وكان الطاعنان (البائعان) قد طلبا بدعواهما الحكم بصحة التعاقد عن عقد البيع الصادر منهما إلى المطعون عليه (المشترى) وتمسكا بقيام مصلحة لهما فى الحصول على الحكم ، لأن البيع قد تم وفقا لأحكام قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ويجب تسجيله ، وإنهما لن يتمكنا قبل التسجيل من قيد حق الامتياز المقرر لهما على العين المبيعة وأن تكليف الأطيان لا ينتقل إلى اسم المطعون عليه إلا بعد اتمام التسجيل مما يعرضهما لدفع الضرائب المستحقة على الأطيان ، وكان يبين من الحكم الابتدائى – الذى أيده وأحال إلى أسبابه الحكم المطعون فيه – أنه قضى برفض دعوى الطاعنين استنادا إلى أن البائع لا يمتلك رفع دعوى صحة البيع دون أن ينفى الحكم وجود مصلحة للطاعنين فى إقامة دعواهما ، فإنه يكون قد أخطأ فى القانون بما يوجب نقضه .

- **وجوب تسجيل الحكم بصحة التعاقد** :

جاءت المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ وهو القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ بالآتى : " .......... ، أضاف المشرع فقرة جديدة للمادة ١٦ من القانون القائم تنص على أن يتم التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها عقب تسجيل هذه الأحكام . ومؤدى ذلك أنه لا يغنى التأشير المشار إليه فى الفقرة الأولى من المادة (١٦) عن وجوب تسجيل الأحكام النهائية المشار إليها عملا بالمادتين ٩ ، ١٠ من القانون وذلك حتى ينتج التسجيل آثاره القانونية فى شأن نقل الملكية فيما بين المتعاقدين

وبالنسبة للغير ، إذ يقتصر أثر التأشير عند اجرائه وفقا للمادة (١٧) من القانون على احداث الأثر الرجعى للاحتجاج بالحق الصادر به الحكم إلى تاريخ شهر عريضة الدعوى ، ولذلك فإنه يتعين عند تقديم هذه الأحكام للتأشير بمقتضاها على النحو سالف الإيضاح ضرورة أن تكون تلك الأحكام قد سبق شهرها (على استقلال) بطريق التسجيل عملا بأحكام المادتين ٩ ، ١٠ من قانون الشهر ، وأثبت الواقع العملي أن كثير من أصحاب الشأن في دعاوي صحة التعاقد يكتفون بتسجيل الصحيفة ولا يقومون بتسجيل الحكم والتأشير به بعد ذلك اعتمادا منهم علي أن تسجيله والتأشير به جائز في أي وقت وأنهم لن يضاروا بسبب هذا التراخي لأن التأشير بالحكم بعد تسجيله سوف يرجع أثرة إلي وقت تسجيل صحيفة الدعوى وهو أمر أدي إلي اضطراب المعاملات وعدم استقرارها ولذا فقد رؤى التدخل لوضع حد زمني لا يجوز بعده لصاحب الشأن أن يستفيد من الأثر الرجعي ، ولهذا فقد استحدث المشروع حكما يقضي بعدم سريان الأثر الرجعي الذي تقرره الفقرة الأولى من المادة (١٧) من القانون القائم على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضي خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا الحكم المستحدث أيهما أطول " ، وبالتالى ومن خلال البنود السابقة للمذكرة الإيضاحية فإنه لا يمكن التأشير بأحكام صحة التعاقد على هامش تسجيل صحيفة الدعوى إلا بعد القيام بتسجيل هذه الأحكام على استقلال ، وبعد تسجيل الحكم والتأشير بمنطوق الحكم المسجل فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها فإن انتقال الملكية لمن صدر الحكم لصالحة يكون من يوم تسجيل صحيفة الدعوى وقصر المشرع هذا الأثر على التأشيرات التى تتم خلال خمس أعوام من صيرورة الحكم بصحة التعاقد نهائية كما أوضحت المذكرة . وبفوات مدة الخمس سنوات بعد صيرورة الحكم نهائيا دون التأشير به على هامش الصحيفة تزول الحماية المقررة فى المادة (١٧) لمن سجلوا صحيفة دعواهم فلو فرضنا أن مشتريا سجل صحيفة دعواه فى أول يناير ١٩٧٩ وحصل على حكم نهائى بصحة التعاقد فى أول يناير سنة ١٩٨٠ ، واستطاع شخص أخر أن يسجل فى أول مايو ١٩٧٩ حقا عينيا على نفس العقار ، أو تسجيل صحيفة دعوى بصحة ونفاذ عقد آخر على نفس العقار فإن حقوق الأطراف تتحدد بتاريخ تسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى الأولى والتأشير على هامش تسجيل

صحيفة هذه الدعوى ، فإذا أشر بالحكم قبل فوات مدة الخمس سنوات علي صدور الحكم نهائيا أى قبل أول يناير سنة ١٩٨٥ فإنه لا يحتج في مواجهة من صدر الحكم لصالحه بأى حق يترتب عل العقار بعد أول يناير سنة ١٩٧٩ ومن شروط إصدار الحكم بصحة العقد ونفاذه أن يكون نقل الملكية إلى المشترى وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين فإذا كان البائع لم يسجل عقد مشتراه فلا يجوز صدور الحكم بصحة العقد ونفاذه لعدم إمكانية تسجيله لأن البائع لم يسجل عقده أصلا .

٢) **دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع فى شأن العقود واجبة التسجيل** :
الدعاوى المذكورة التى يجب التأشير بها أو تسجيلها هى الدعاوى التى تقدم ضد المحررات واجبة الشهر . أما الدعاوى التى لا يكون موضوعها الطعن فى التصرف الذى تتضمنه محررات واجبة الشهر فلا تخضع لشرط التأشير أو التسجيل . وقد أوجب القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بشأن تنظيم الشهر العقار فى المادة ١٦ على التأشير بمنطوق الحكم النهائى فى الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع وذلك فى ذيل التأشير بالدعوى إذا كان المحرر قد أشر أو بهامش تسجيلها إذا كان لم يشر على النحو المبين فى المادة ١٥ من ذات القانون.

- **الأثر المترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة أو التأشير بها** :

نصت المادة ١٧ من قانون الشهر على أنه " يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ أو التأشير بها أن حق المدعي إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينيه ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها ، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما فى الفقرة السابقة .

ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول ، وطبقا للمادة ٢٤ من تعليمات الشهر العقارى فإنه : " لا يخلو حال الأحكام الناقلة للملكية و الواجبة الشهر من أحد أمرين ( الأول ) أن تكون عرائض دعاويها مسجلة ( والثانى ) أن تكون عرائض دعاويها غير مسجلة " ، وتبدأ الأولوية

بالنسبة للأحكام التى لم تسجل عرائض دعاويها من تاريخ تسجيل الحكم أما الأحكام التى سجلت عرائض دعاويها فتبدأ أولويتها من تاريخ تسجيل هذه العرائض حتى ولو انتهت الدعوى صلحا وتستثنى من ذلك أحكام صحة التوقيع فالأولوية بالنسبة لهذه الأحكام تبدأ من تاريخ تسجيل الحكم نفسه وليس من تاريخ تسجيل عريضة الدعوى ". (انظر فى تفصيل ما سبق أ / عباس عبد الحليم – المرجع السابق )

- **الحقوق الشخصية أو السندات واجبة الشهر** :
- **الإيجارات الزائدة على تسع سنوات** :

تنص المادة ٥٥٨ مدني على أنه : " الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين ، مدة معينة ، لقاء أجر معلوم " .

ويبين من هذه المادة أن الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء اجر معلوم ، ويتولد عنه حقوق والتزامات شخصية ولو كان محله عقارا وتظل الدعاوى المترتبة عليه من الدعاوى الشخصية .

ومع ذلك فقد أوجب المشرع شهر عقد الإيجار بطريق التسجيل إذا ورد على عقار وزادت مدته على تسع سنوات ومفاد ذلك أن مثل هذه العقد يكون من المحررات واجبة الشهر لا يجوز إثبات تاريخها أو التصديق على التوقيعات فيها إلا بعد ختمها بخاتم (صالح للشهر) ومن ثم فإنه يمتنع إثبات تاريخ عقد الإيجار الوارد على عقار إذا زادت مدته على تسع سنوات ، سواء كان خاضعا للقانون المدني أو لقانون إيجار الأماكن ولو كان من شأن هذا القانون الأخير امتداد عقود الإيجار الخاضعة له لمدد تجاوز تسع سنوات ، ذلك لأن العبرة في تحديد مدة العقد بالمدة التي تم الاتفاق عليها بالعقد وليس بالمدة التي يمتد إليها العقد ، فإن كانت المدة أقل من تسع سنوات ، فلا يخضع عقد الإيجار للتسجيل ويجوز إثبات تاريخه ويسري ذلك حتى على العقود الخاضعة لقانون إيجار الأماكن ولو كان من شأنها أن تمتد لمدة أطول من تسع سنوات لأن امتدادها يتم بموجب نص قانوني استثنائي ليس من شأنه تغيير المدة المتفق عليها فتظل كما هى حتى إذا ما ألغى القانون الاستثنائي كان للمؤجر طلب الفسخ وفقا للمادة ٥٦٣ من القانون المدني .

- **عقد الإيجار الخاضع للقانون المدني** :

تطلب المشرع شهر عقد الإيجار الخاضع لأحكام القانون المدني حتى يمكن الاحتجاج به على الغير إذا زادت مدته على تسع سنوات ، أو لإجراء المفاضلة بينه وبين غيره من عقود الإيجار الصادرة من المؤجر متعلقة بذات العين المؤجرة .

(أ) ***التسجيل للاحتجاج على الغير بالعقد*** : تنص المادة ١١ من قانون الشهر العقاري على أنه " يجب تسجيل الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة في حق الغير زادت على هذه المدة " ، ومفاد ذلك أن عقد الإيجار يكون صحيحا ونافذا فيما بين المتعاقدين ولو زادت مدته على تسع سنوات دون حاجة الى تسجيله ، لكن لا ينفذ في حق الغير إذا زادت مدته على تسع سنوات فيما جاوزها إلا إذا كان مسجلا ، ومثل العقد الحكم النهائي المثبت للعلاقة الإيجارية ، ويعتبر من الغير في هذا الصدد مشترى العقار وأى مستأجر آخر للعين المؤجرة دون الخلف العام للمؤجر ، ولا يشترط أن يتم التسجيل في وقت معين فيكفي أن يتم خلال السنوات التسع وحينئذ يحاج الغير بمدة الإيجار كاملة حتى لو تم التسجيل في الشهر الأخير من هذه السنوات .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " مؤدى نصوص المواد ١/٤٠٦ ، ١/٤٠٧ ، ٤٠٨ ، ٤١٧/٤ ، ١/٤٤٦ من قانون المرافعات ، أن المدين يعتبر بحكم القانون حارسا على عقاره المحجوز ، إذا لم يكن مؤجرا قبل تسجيل التنبيه ، وأن الشارع – درءا لمغبة أن يعمد المدين بمناسبة التنفيذ على عقاره الى الكيد لدائنيه فيسئ إدارته وصولا الى تقليل ثمرته وتنقيص قيمته في نظر الراغبين في الشراء . ولما لاحظه من أن المستأجر من المدين أو ممثله ، قد يبادر الى إثبات تاريخ عقده قبل البيع الجبري ، فلا يملك من تؤول إليه ملكية العقار طلب عدم نفاذ الإيجار عملا بالمادة ٦٠٤ من القانون المدني – جعل الأصل في الإجارة التي تسري على الدائنين الحاجزين ، وعلى من حكم إيقاع البيع عليه ، أن تكون ثابتة التاريخ رسميا قبل تسجيل التنبيه ، دون تلك الحاصلة بعده . ولئن أجاز القانون التأجير للمدين ، وجعله نافذا في حق الدائن ومن وقع عليه البيع ، متى كان من أعمال الإدارة الحسنة ، إلا أنه قصد بذلك أن يقيد حق المدين في التأجير بالقيد الذي وضعه في حالة بيعه

ثمرات العقار ، إذ هو مسئول عن الأجرة بوصفه حارسا بعد أن ألحقت بالعقار ذاته من يوم تسجيل التنبيه الى يوم البيع بالمزاد . أما إذا تم إيقاع البيع بصدور حكم به ، فإن ثمرات العقار تكون من حق من وقع عليه البيع ، ولا يتعلق بها حق للدائنين لأن حقه الشخصي في تسلم العقار ينشأ من يوم صدور الحكم بإيقاع البيع لا من يوم تسجيله ، فتنقضي الحراسة التي يفترضها القانون ، ويرتفع عن المدين وصف الحارس ، ولا يكون له صفة في التصرف في ثمرات العقار ، أو تأجيره ، ولا يكون تصرفه أو تأجيره نافذا في حق من حكم بإيقاع البيع عليه باعتباره خلفا للدائنين أطراف خصومة التنفيذ ، ولما كان الواقع في الدعوى ، أن عقد الإيجار الذي يستند إليه الطاعن لم يثبت تاريخه إلا في تاريخ لاحق لتاريخ تسجيل نزع الملكية ، فإنه يكون من حق المطعون عليه الذي صدر الحكم بإيقاع البيع له ، ومن يوم صدور هذا الحكم دون اشتراط لتسجيله الادعاء بصورية عقد الإيجار الصادر ممن يمثل المدين الى الطاعن ، وأن يطلب طرد هذه الأخير من العقار الذي حكم بإيقاع بيعه عليه " (نقض مدني ١٩٧٧/٥/٤ مجموعة محكمة النقض ٢٨-١-١١٢٥-١٩٤ ، نقض مدني ١٩٩٤/١٢/٨ طعن ١١٧٥ لسنة ٥٣ق)

(ب) ***التسجيل ووضع اليد لإجراء المفاضلة*** : تنص المادة (٥٧٣) من القانون المدني على أنه " إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة فضل من سبق منهم الى وضع يده عليها دون غش فإذا كان مستأجر عقار قد سجل عقده وهو حسن النية قبل أن يضع مستأجر آخر يده على العقار المؤجر أو قبل أن يتجدد عقد إيجاره فإنه هو الذي يفضل فإذا لم يوجد سبب لتفضيل أحد المستأجرين فليس لهم فيما تعرضت فيه حقوقهم إلا طلب التعويض . مفاد ذلك أن تكون المفاضلة لمن يسبق من المستأجرين في وضع يده أو تسجيل عقده بدون غش ، ويعدل تسجيل عقد الإيجار تسجيل صحيفة دعوى صحة انعقاده إذا أشر على هامش تسجيلها بالحكم الصادر فيها ، فالعبرة بالأسبقية في أحد أمرين : وضع اليد أو التسجيل ، والتسجيل واجب هنا للتفضيل ولو كانت مدة الإيجار لا نزيد على تسع سنوات وهى المدة التي يجب فيها التسجيل لنفاذ الإيجار فق حق الغير فيما جاوزها على نحو ما تقدم ، أما إثبات التاريخ فلا يغني عن التسجيل وليس له مفعول في التفضيل ، فيفضل واضع اليد أو صاحب العقد المسجل ولو كان هناك مستأجر آخر عقده ثابت التاريخ قبل وضع

اليد أو التسجيل ، فإذا وضع مستأجر اليد وفي نفس اليوم سجل آخر عقده فلا يفضل أحدهما ولا يكون لهما إلا التعويض ، ويقع إثبات سبق التسجيل على وضع اليد على من يدعيه فيثبت أن وضع اليد كان لاحقا على التسجيل ، ولا يجوز اللجوء لقاضي الأمور المستعجلة في شأن تقرير الأفضلية ولو مؤقتا لمساس ذلك بأصل الحق إلا إذا كان أحد العقدين ظاهر الصورية أو واضح البطلان بقصد عرقلة حق المستأجر الآخر في الانتفاع بالعين ، وفي نطاق العقود الخاضعة للقانون المدني إعمالا للقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ لا يعتد بإثبات التاريخ في صدد المفاضلة ، بحيث إذا كان المستأجرين قد وضع يده على العين بينما كان المستأجر الآخر الذي لم يضع يده عليها قد أثبت تاريخ عقده في وقت سابق على وضع يد المستأجر الأول ، فإن الأفضلية تكون لمن وضع يده وليس لمن أثبت تاريخ عقده ، إذ حصر القانون المدني المفاضلة في واقعتين تتمثلان في وضع اليد وتسجيل عقد الإيجار ، ولم يعتد بالتاريخ الثابت على خلاف ما نتهجه المشرع في قانون إيجار الأماكن على نحو ما يلي ، والعبرة بإتمام إجراءات تسجيل عقد الإيجار وذلك بإثبات بيانات العقد في دفتر الشهر وهى آخر مرحلة في شهر المحررات ، ولما كان التسجيل ليس له أثر رجعي ، فإن تسجيل العقد لا يرتد الى تاريخ تقديم طلب الشهر للمأمورية المختصة ، مما مفاده أن المستأجر الذي يضع يده على العين المؤجرة قبل تسجيل عقد مستأجر آخر ، فإنه يفضل على الأخير حتى لو تم وضع اليد في مرحلة الطلبات أو مرحلة الصلاحية للشهر طالما لم يتوافر الغش في حقه ، وذلك بالتواطؤ بينه وبين المؤجر للإضرار بالمستأجر الذي سجل عقده ، باعتبار أن الغش يبطل التصرفات والإجراءات ، ولما كان الغش واقعة مادية فإنه يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات المقررة قانونا بما في ذلك البينة والقرائن ، ومتى ثبت الغش كان عقد صاحبه باطلا ولا يكون محلا للمفاضلة التي تنحصر في العقود الصحيحة ، كما يمتد البطلان لأى عقد أبرم بطريق الإكراه ولا يكون محلا للمفاضلة التي تنحصر في العقود الصحيحة ، كما يمتد البطلان لأى عقد أبرم بطريق الإكراه أو الغلط أو التدليس وفقا للقواعد المقررة في القانون المدني

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " النص في المادة ٥٧٣ من القانون المدني الذي بحكم واقعة النزاع يدل على أن المشرع قد نظم أسس المفاضلة بين المستأجرين

بعقود صحيحة فيما تعارضت فيه حقوقهم وبات من المحتم أن يستأثر أحدهم بالشيء المؤجر ولم يبق لسواه إلا الحق في التعويض فجعل الأفضلية لمن سبق الى وضع يده دون غش ، وقامت فلسفة النص سالف بيانه على أن المستأجرين دائنون عاديون فلا فضل لأحدهم على الآخر ولا امتياز ، فمن سبق منهم الى استيفاء دينه من المدين فقد خلص له حقه كاملا ما لم يكن المدين معسرا وأراد أن يفضل دائنا على غيره غشا ففي هذه الحالة يحرم الدائن من هذه الميزة وفقا لما نصت عليه المادة ٢٤٢ من القانون المدني ، وقاس نص المادة ٥٧٣ المؤجر على المدين المعسر لأن المؤجر متى سلم العين لأحد المستأجرين صار في حكم المعسر بالنسبة للباقين ، ولم يقصد المشرع بنص المادة ٥٧٣ أن يحمي الحيازة في ذاتها واعتبر مجرد علم المستأجر وقت وضع يده بوجود إجارة سابقة نافيا لحسن نيته وكافيا لثبوت الغش ولا يتأثر حق من فضل عقده يسبق وضع يده بفقده الحيازة وانتقالها الى غيره لأنه اكتسب حقا والحقوق لا تسقط بفقد الحيازة ، ولو شاء المشرع بهذا النى أن يحمي الحيازة ذاتها لجعل التفضيل للحائز الأخير حسن النية وليس للمستأجر الأسبق في وضع اليد " (نقض ٦/٣/٢٠٠٠ طعن ٨٩٠ س٥٤ق)

- **الفرق بين التسجيل وإثبات التاريخ** :

أن التسجيل واجب هنا للتفضيل – ولو كانت مدة الإيجار لا تزيد على تسع سنوات (وهى المدة الواجب فيها التسجيل لنفاذ الإيجار في ق الغير على النحو الذي رأيناه) أما إثبات التاريخ فلا يغني عن التسجيل ، وليس له مفعول في التفضيل ، حيث يفضل واضع اليد أو صاحب العقد المسجل ، ولو كان هناك مستأجر آخ عقده ثابت التاريخ قبل وضع اليد أو التسجيل .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " النص في المادة ١١ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ – المعدل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ – مؤداه أن عقد الإيجار إذ كان واردا على عقار ، وكانت مدته تزيد على تسع سنوات ، فإنه يجب لنفاذه في حق الغير – فيما زاد على هذه المدة – أن يكون مسجلا ، وفقا للإجراءات وقواعد التسجيل التي انتظمها نصوص هذا القانون ، ومن ثم لا يكفي لنفاذ مدته الزائدة عن هذا الحد في حق الغير ، أن يكون ثابت التاريخ ، بحجة أن هذا هو المقصود من التسجيل ، أو الاهتداء بحكمة التشريع متى كانت نصوص

القانون واضحة جلية ، بالبحث عن قصد الشارع أو حكمة التشريع ودواعيه لا يكون له محل ، إنما يكون ذلك عند غموض النص أو وجود لبس فيه ، مما يكون معه القاضي مضطرا في سبيل تعرف الحكم الصحيح الى تقصي الغرض الذي رمى إليه والقصد الذي أملاه " (نقض مدني ١٩٩٥/٧/٩ طعن ٤٦٦٥ لسنة ٦١ق)

- **نفاذ العقد في حق الغير** :

تنص المادة ٣/٢٤ من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أنه " ويحظر على المؤجر إبرام أكثر من عقد إيجار واحد للمبنى أو الوحدة منه ، وفي حالة المخالفة يقع باطلا العقد أو العقود اللاحقة للعقد الأول " ، وتنص المادة (١/٧٦) من ذات القانون على أنه " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ستة أشهر ، وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه ، أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من يخالف أحكام المواد ١/٧ ، ٨ ، ١/١٣ ، ٢٤ ، ٢٥ من هذا القانون " . فيتضح من هاتين المادتين أنه يحظر على المؤجر إبرام أكثر من عقد إيجار واحد للمبنى أو الوحدة منه وفي حالة المخالفة يقع باطلا العقد أو العقود اللاحقة للعقد الأول ، وأن المشرع قد فرض جزائين على المؤجر الذي يبرم أكثر من عقد إيجار واحد للوحدة السكنية الواحدة ؟ الجزاء الأول وهو الجزاء الجنائي والجزاء الثاني جزاء مدني .

**(١) الجزاء الجنائي :** ويتمثل في العقاب بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ستة أشهر ، وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه ، أوب إحدى هاتين العقوبتين .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " لما كان الحكم المطعون فيه ، قد أثبت – استنادا الى أقوال المدني عليها – أن عقد الإيجار أبرم منذ عامين فقط سابقين على ١٩٨٠/٢/٢ ، أى بعد سريان القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، المعمول به اعتبارا من ١٩٧٧/٩/٩ هذا فضلا عن أن جريمة الامتناع عن تحرير عقد إيجار هى من الجرائم المستمرة استمرار تجديديا ، وإذ كانت الطاعنة لا تنازع في أنها لم تحرر عقد إيجار للمجني عليها ، الى ما بعد العمل بالقانون المشار إليه ، فإنه لا يكون هناك محل لما تثيره من عدم انطباق ذلك القانون على واقعة الدعوى " (نقض جنائي

١٩٨٣/١١/١ مجموعة محكمة النقض ٣٢-٩١٠-١٨٠) وبأنه " لما كان القانون قد أوجب في كل حكم بالإدانة ، أن يشتمل على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة بيانا كافيا ، تتحقق به أركان الجريمة ، والظروف التي وقعت فيها ، والأدلة التي استخلصت منها المحكمة ثبوت وقوعها من المتهم ، وأن تلتزم بإيراد مؤدى الأدلة التي استخلصت منها الإدانة ، حتى يتضح وجه استدلالها بها وسلامة المأخذ ، وإلا كان حكمها قاصرا . لما كان ذلك ، وكانت جريمة الامتناع عن تحرير عقد إيجار المسندة للطاعن – تستوجب أن يستظهر الحكم ثبوت العلاقة الإيجارية عن العين المراد تحرير عقد إيجارها بين الطرفين ، وكانت حيازة العين بذاتها لا تكفي للقول بتوافر هذه العلاقة وقيامها ، وكان الحكم المطعون فيه جاء قاصرا عن استظهار ثبوتها ، فضلا عن قصوره في بيان واقعة الدعوى ، ولا يبين منه أركان الجريمة المسندة الى الطاعن ، فضلا عن أنه أشار الى وجود قيمة إيجارية قامت الشاكية بالوفاء بها ، دون أن يورد سنده في ذلك ، حتى يكشف عن وجه استشهاد المحكمة بهذا الدليل الذي استنبطت منه المحكمة معتقدها في الدعوى ، بما يصمه بالقصور في البيان ، ويعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون على الواقعة كما صار إثباتها في الحكم " (نقض جنائي ١٩٩٠/١/١٦ مجموعة محكمة النقض ٤٥-١٤٣-١٩)

**(٢) الجزاء المدني :** ويتمثل في البطلان المطلق للعقد أو العقود اللاحقة للعقد الأول ، ورتب على ذلك انعدام آثار المفاضلة أو التسجيل أو ضع اليد ، لأن المفاضلة لا تكون إلا بين عقود صحيحة والعقود اللاحقة عقود باطلة ، ولأن سبق التسجيل لا يطهر ما شاب العقد من البطلان ، ولأن وضع اليد لا يكون صحيحا منتجا لآثاره إلا إذا كان له سند من القانون ، ولا يعتبر العقد الباطل بطلانا مطلقا سندا لواضع اليد ، والخلاصة أن العقد الأول هو المفضل على جميع العقود اللاحقة عليه ، ولو كانت مسجلة أو ثابتة التاريخ ، أو تم وضع اليد على العين المؤجرة استنادا الى تلك العقود اللاحقة الباطلة . (المستشار / أنور طلبة ، المرجع السابق ص٧٠٤)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " حظر إبرام أكثر من عقد إيجار واحد للمكان المؤجر . المادة ٢٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . أثره . بطلان العقد والعقود

اللاحقة للعقد الأول بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام . إغفال الحكم تحديد العقد الأجدر بالحماية . خطأ وقصور " (نقض ١٩٨٨/٣/٣١ مجموعة محكمة النقض ٣٦-١-٥٩٩-١١٧) وبأنه " للمستأجر إثبات واقعة التأجير وكافة شروط العقد بكافة طلاق الإثبات . حظر إبرام أكثر من عقد إيجار عن الوحدة الواحدة . أثره . بطلان العقد أو العقود اللاحقة للعقد الأول . م٣/٢٤ ، ٤ ق٤٩ لسنة ١٩٧٧ . ولا محل لإعمال نص المادة ٥٧٣ من القانون المدني بشأن المفاضلة بين العقود . علة ذلك " (نقض مدني ١٩٨٩/٤/٣٠ مجموعة محكمة النقض ٤٠-٢-٢٢-١٩٨) وبأنه " إبرام أكثر من عقد إيجار واحد للمبنى أو الوحدة منه . أثره . وجوب الاعتداد بالعد السبق في ثبوت تاريخه . م٢٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . علة ذلك " (نقض مدني ١٩٩٤/٢/٢٣ طعن ٢٥٩٠ لسنة ٥٧ق) وبأنه " حظر إبرام أكثر من عقد إيجار واحد للمبنى أو الوحدة منه . م٢٤ ق٤٩ لسنة ١٩٧٧ . مؤداه . بطلان العقد اللاحق للعقد الأول بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام . سواء علم المستأجر اللاحق بصدور العقد الأول أو لم يعلم . لا محل لإجراء المفاضلة بينهما . علة ذلك " (نقض مدني ١٩٨٩/٦/٢٢ مجموعة محكمة النقض ٤٠-٢-٦٤٩-٢٧٢) وبأنه " تعدد المستأجرين لمكان واحد . العبرة بالعقد الأسبق في التاريخ الثابت م٢٤ ق٤٩ لسنة ١٩٧٧ . عدم ثبوت تاريخ العقد الآخر أو ثبوت أن تاريخه الثابت لاحق للأول . لا محل لتطبيق نص المادة ٥٧٣ مدني للمفاضلة بينهما " (نقض مدني ١٩٩٤/٤/١٨ طعن ١٩٦٧ لسنة ٥٨ق) وبأنه " تزاحم المستأجرين للعين المؤجرة . المفاضلة بينهم . مناطه . أن تكون العقود التي تجري المفاضلة بينها صحيحة ونافذة" (نقض مدني ١٩٩٤/٧/١١ طعن ١٥٩٣ لسنة ٥٤ق) وبأنه " حظر إبرام أكثر من عقد إيجار واحد للمبنى أو الوحدة منه . مؤداه . بطلان العقود اللاحقة للعقد الأول . وجوب الاعتداد بالعقد الأسبق ولو كان لاحقا في إثبات تاريخه . المادتان ٢٤ ، ٧٦ ق٤٩ لسنة ١٩٧٧ " (نقض مدني ١٩٩٥/٦/٢٩ طعن ١٢٧٠ لسنة ٦٤ق) وبأنه " مقتضى نص المادة ٣/٢٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ هو بطلان عقد الإيجار أو العقود اللاحقة على العقد الأول عن ذات العين . مناطه . المفاضلة بين العقود أن تكون صحيحة . الأفضلية بين هؤلاء المستأجرين المتزاحمين لمن كان عقده أسبق تاريخا . أثر ذلك . بطلان

العقود المتتالية . تعلق ذلك بالنظام العام . وجوب فصل المحكمة في النزاع حول صحة عقد الإيجار الأسبق تاريخا باعتباره مسألة أولية لازمة في المفاضلة بين العقود" (نقض مدني ١٩٩٥/٩/١٥ طعن ٦٢١ لسنة٥٦ق)، نخلص مما تقدم أن هناك غرضين لتسجيل عقد الإيجار وهما : إما للاحتجاج بالإيجار على الغير إذا زادت مدته على تسع سنوات ، وإما المفاضلة إذا تعدد المستأجرين لعين واحدة . (م١١ ق١١٤/١٩٤٦)

- **العقد الخاضع لقانون إيجار الأماكن** :

القانون لا يتطلب تسجيل عقد الإيجار الخاضع لأحكام قانون إيجار الأماكن ، إذ يحاج به الغير بدون تسجيل ، أيا ما كانت مدته ، ولأن المفاضلة بينه وبين عقود الإيجار الأخرى إذا تعدد المستأجرين لعين واحدة ، تكون بحسب العقد الأسبق في الإبرام ، فيفضل على العقود اللاحقة عليه ، ولو كانت مسجلة أو ثابتة أو تم وضع اليد بموجبها . (المادتان ١/٦٠٤ مدني ، ٣٠ ق٤٩/١٩٧٧)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " إذ كان القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، الذي أبرم عقد الإيجار محل النزاع في ظله ، لم يكن يستلزم ثبوت التاريخ ، وكانت المادة ٣٠ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ – التي تحكم آثار العقد – تنص صراحة على أنه " استثناء من حكم المادة ٦٠٤ من القانون المدني ، تسري أحكام عقود الإيجار القائمة على المالك الجديد للعقار ، ولو لم يكن لسند الإيجار تاريخ ثابت بوجه رسمي سابق على انتقال الملكية " . لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق ، أن المطعون ضده الأول – المشتري – أبرم مع المطعون ضده الثاني عقد الإيجار محل النزاع بتاريخ ١٩٧٦/٧/١ إبان أن كان مالكا للعين المؤجرة بموجب عقد بيع مسجل ، فإن هذا الإيجار يسري على الطاعنين الشفعاء – ولو لم يكن له تاريخ ثابت سابق على حكم الشفعة النهائي الصادر بتاريخ ١٩٧٧/١/١٧ " (نقض مدني ١٩٨٤/١/١٩ مجموعة محكمة النقض ٣٥-٣٣٤-٤٩)

- **إثبات العقد الخاضع لقانون إيجار الأماكن** :

بالنسبة للإيجارات التي أبرمت قبل سريان القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ أى قبل ١٩٦٩/٨/١٨ فإن لم توجد عقود مكتوبة أو تعذر الحصول عليها ، جاز إثبات التعاقد وشروطه والأجرة المتفق عليها والتكاليف الإضافية بجميع طرق الإثبات مهما

كانت قيمة النزاع ، وذلك إعمالا بالمادة (٥) من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ وذلك بالنسبة للمؤجر والمستأجر على حد سواء . ٢- بالنسبة للعقود التي أبرمت وقت سريان القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ في ١٩٦٩/٨/١٨ فوفقا للمادة ١٦ منه يجب على المؤجر أن يحرر عقد إيجار للمستأجر ، ولا يجوز للمؤجر أن يثبت التعاقد أو شروطه أو الأجرة مهما كانت قيمته أى حتى لو قل عن عشرين جنيها إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها كالإقرار أو اليمين ، ما لم يكن العقد فقد بسبب لأجنبي كسرقة أو حريق فحينئذ يجوز له إثباته بكافة الطرق ، ومتى قام المؤجر بتحرير عقد إيجار ، فإن المستأجر لا يجوز له إثبات ما يخالفه إلا بالكتابة طالما أن شروطه ليست فيها ما يخالف النظام العام إلا إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو مانع أدبي أو فقد العقد بسرقة أو حريق كسبب أجنبي أما إن لم يتقدم المؤجر بصورة العقد المكتوبة والموقع عليها من المستأجر ، وادعى الأخير أن المؤجر لم يحرر عقد إيجار ، ففي هذه الحالة يكون المستأجر إثبات التعاقد بكافة طرق الإثبات القانونية بما في ذلك البينة ولكن لا يجوز له أن يوجه اليمين الحاسمة الى المؤجر ، ذلك أن قانون إيجار الأماكن يؤثم واقعة عدم تحرير المؤجر لعقد الإيجار ، وتوجه اليمين الحاسمة الى منهم على واقعة تعد جريمة غير جائز لما ينطوي على ذلك من إكراه ، ومت خضع العقد لقانون إيجار الأماكن فلا يجوز للمؤجر إثباته إلا بالكتابة فيخرج عن هذا القيد العقد الخاضع للقانون المدني فيخضع للقواعد العامة في الإثبات ، وكذلك القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ .٣- أما العقود التي أبرمت وقت سريان القانون الجديد رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في ١٩٧٧/٩/٩ فتخضع في إثباتها لذات القواعد الموضحة في البند السابق إذ أن نص المادة ٢٤ منه مطابقة لنص المادة ١٦ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، ويراعى أن الكتابة هنا لازمة للإثبات وليس للانعقاد ، وكذلك القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " حق المستأجر وحده في إثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة . م١٦ ق٥٢ لسنة ١٩٦٩ المقابلة للمادة ٢٤ ق٤٩ لسنة ١٩٧٧ مؤداه عدم لزوم إثبات العلاقة الإيجارية بالكتابة أو حصول المستأجر على إيصالات بسداد الأجرة " (نقض ٢٠٠٠/٦/٢١ طعن ٧٦٣٠ س٦٤ق) وبأنه " إن إثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد . جوازه

المستأجر بكافة طرق الإثبات . شرطه . عدم وجود عقد مكتوب أو انطواء العقد على شروط مخالفة للنظام العام وأن يتمسك المستأجر بذلك صراحة " (نقض ١٩٩٩/١١/٣ طعن ٤٨٥ س٦٨ق) وبأنه " قضاء الحكم المطعون فيه بثبوت العلاقة الإيجارية بين الطاعن والمطعون ضدها وبرفض دعوى الطاعن بطرد المطعون ضدها من عين النزاع للغصب استنادا لشهادة شاهدي المطعون ضدها من أنها تضع اليد على تلك العين دون تقديم دليل على قيام علاقة إيجارية بينها . خطأ في تطبيق القانون وفساد في الاستدلال " (نقض ١٩٩٩/١١/٨ طعن ٣٣٨ س٥٧ق) وبأنه " يجوز للمستأجر إثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد بكافة طرق الإثبات طالما لم يوجد عد مكتوب أو انطواء العقد على شروط مخالفة للنظام العام أن يتمسك المستأجر بذلك صراحة " (نقض ١٩٩٥/١/١٩ طعن ٣٤٥١ س٦٤ق ، نقض ١٩٩٥/٢/٦ طعن ٣٧٥١ س٦٠ق) وبأنه " فإذا ثار نزاع بصدد عقد الإيجار ، وتنازل المستأجر عن التمسك به ، فإن ذلك لا يحول بينه وبينه إثبات العلاقة الإيجارية بكافة الطرق ، وليس من شأن هذا التنازل استخلاص انتفاء تلك العلاقة " (نقض ١٩٩٧/٢/١٧ طعن ٣٠١٠ س٦٥ق)

- **نفاذ العقد في حق الغير** :

فمتى يكون عقد الإيجار نافذا في حق الغير يجب أن يكون ثبات التاريخ ، وهذه هى القاعدة العامة في جميع العقود ، وإذا وقع الإيجار على عقار وكانت مدته تزيد على تسع سنوات ، فإنه لا ينفذ في حق الغير إلا إذا سجل ، وقد نصت المادة ١١ من قانون تنظيم الشهر العقاري على أنه " يجب تسجيل الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات ، والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة في حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة الى الإيجارات والسندات ، وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة الى المخالصات والحوالة ، ويتبين من هذا النص أن عقد الإيجار ، إذا كان واقعا على عقار ، وكانت مدته تزيد على تسع سنوات ، لا يكفي لنفاذه في حق الغير أن يكون ثابت التاريخ قبل تلقي الغير لحقه ، بل يجب أيضا أن يكون مسجلا ، أما إذا كانت مدة الإيجار لا تزيد على تسع سنوات فيكفي أن يكون

ثابت التاريخ كما سبق القول ، وينص قانون إيجار الأماكن على أنه لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المستأجر من العين المؤجرة ولو انتهت مدة الإيجار الاتفاقية إلا لأحد الأسباب التي أوردها هذا القانون ، دون أن يحدد مدة قصوى ، كما أن مفاد نص المادتين ١٤٦ ، ٦٠٤ من القانون المدني أن أثر الإيجار ينصرف الى الخلف الخاص بحكم القانون فيلتزم بما كان يلتزم به سلفه ، أيا ما كانت مدة العقد ولا يكون له الحق في طلب إخلاء المستأجر إلا لذات الأسباب المحددة قانونا ، ويكون العقد نافذا في حقه رغم أنه قبل الشراء كان من طبقة الغير دون اشتراط التسجيل لترتيب هذا الأثر في حالة تجاوز مدة الإيجار تسع سنوات ، كما نصت المادة ٣٠ من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أنه استثناء من حكم المادة ٦٠٤ من القانون المدني تسري عقود القائمة على المالك الجديد للعقار ولو لم يكن لسند الإيجار تاريخ ثابت بوجه رسمي سابق على تاريخ انتقال الملكية ، ولم يستثن المشرع عقود الإيجار التي تجاوز مدتها تسع سنوات ومن ثم تنفذ هذه العقود في حق مشتري العقار ولم تكن مشهرة أو ثابتة التاريخ وفقا لما تغياه المشرع من النص الاستثنائي .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " مفاد المادتين ١٤٦ ، ٦٠٤ من القانون المدني مرتبطين أنه إذا كان الإيجار ثابت التاريخ وسابقا على التصرف الذي نقل الملكية الى الخلف أو لم يكن ثابت التاريخ ولكن الخلف تمسك به أو كان على علم بوجوده عند انتقال الملكية إليه فإن أثر الإيجار ينصرف الى الخلف الخاص بحكم القانون فيحل هذا الخلف محل المؤجر في جميع حقوقه قبل المستأجر وفي كافة التزاماته نحوه ، وتثبت للخلف هذه الحقوق والالتزامات دون حاجة لاشتراط علم الخلف بها وقت انتقال الشيء إليه ، اعتبارا بأن المشرع صور القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ١٤٦ من التقنين المدني عند تطبيقها تطبيقا تشريعيا على حالة انصراف أثر الإيجار الى من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة وفقا للتنظيم القانوني الذي قرره ويقصد بنفاذ الإيجار في الخلف الخاص المؤجر كل ما نشأ عن العلاقة الإيجارية من التزامات وحقوق تتصل بإسكان المؤجر بحيث يصبح الخلف طرفا في العقد سواء كان مصدر هذه الحقوق وتلك الالتزامات عقد الإيجار ذاته أو تعديلات لاحقة شريطة ألا تكون خارجة عن الرابطة العقدية أو مستقلة عنها ففي هذه الحالة الأخيرة

لا تنتقل هذه الآثار للخلف إلا طبقا للقاعدة العامة الواردة في المادة ١٤٦ مدني ، يؤيد هذا النظر أن المشروع التمهيدي للقانون المدني كان يتضمن نصا صريحا إذا كان الإيجار نافذا في حق من انتقلت إليه الملكية أو لم يكن نافذا ولكن تمسك هو به فإنه يحل محل المؤجر في جميع ما ينشأ عن عقد الإيجار من حقوق والتزامات ولئن حذف هذا النص في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة فإن هذه القواعد تشير الى هذا الحكم الذي تضمنه النص المحذوف " (جلسة ١٩٧٦/٦/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ س١٣٢٢ ، جلسة ١٩٧٨/١/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص٦١ ، جلسة ١٩٨٥/٣/٢٠ الطعن رقم ٦٢٤ لسنة ٥٤ق ، جلسة ١٩٨٨/٢/٣ الطعن رقم ٩٧٠ لسنة ٥٠ق)

- **حساب مدة التسع سنوات التي ينفذ الإيجار خلالها في حق الغير** :

هناك ثلاثة آراء تناولت كيفية حساب مدة التسع سنوات . الرأى الأول : يذهب الى تحديد مدة التسع سنوات من تاريخ بدء انتفاع المستأجر ، وحجة هذا الرأى أن حق المستأجر وهو حق شخصي ، يصبح – إذا جاوزت مدته تسع سنوات – قريبا من الحق العيني ، ولذلك يجب أن يسجل حتى ينفذ في حق الغير ، فإذا لم يسجل فلا يكون للمستأجر أن ينتفع بالعين المؤجرة في مواجهة الغير إلا لمدة تسع سنوات فقط (الدكتور / السنهوري ، مرجع سابق بند ١٥٧ ص١٩٦) وينتقد هذا الرأى بأنه يمكن من التحايل وتفويت الغرض الذي يقصده المشرع ، وذلك بأن يؤجر المالك العقار عدة إيجارات لا تتجاوز مدة كل منها تسع سنوات ، سواء الى نفس المستأجر أو الى مستأجرين مختلفين ، ويستغنى عن تسجيلها ، بأن يعين تواريخ مختلفة لبدء الانتفاع في كل منها ، بحيث يكون بين كل تاريخ والذي يليه تسع سنوات ، ويكتفي بإثبات تواريخها حتى يحتج بها على المشتري ، فيجد المشتري نفسه محروما من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة أكثر من تسع سنوات ، دون أن يكون في استطاعته العلم بوجود الإيجارات قبل كسبه حقه ، وهو ما أراد المشرع أن يحميه منه يتطلب التسجيل (الدكتور / منصور مصطفى منصور في العقود المسماة ، البيع والمقايضة والإيجار ، الطبعة الأولى ١٩٥٧/١٩٥٦ بند ١٦٤ ص٣٩٤) والرأى الثاني : يذهب الى تحديد مدة التسع سنوات من تاريخ كسب الغير حقه فمدة الإيجار إذا كانت ٢٠ سنة ، وكسب الغير حقه بعد مضى ١٠ سنوات منها ،

نفذ الإيجار في حقه مدة ٩ سنوات . فالمشرع يعني ألا يتحمل الغير الإيجار لأكثر من تسع سنوات ، وحجة هذا الرأى أن المشرع ينص على أنه يترتب على عدم تسجيل الإيجارات أنها لا تكون نافذة في حق الغير فيما زاد على تسع سنوات ، والغير لا يكتسب صفته إلا منذ أن يكتسب حقه الذي يجعله غيرا ، أما قبل ذلك فلم يكن غير ، وبالتالي لا تدخل مدة انتفاع المستأجر السابقة في حساب التسع سنوات ، والرأى الثالث : يذهب الى تحديد مدة التسع سنوات من وقت انعقاد العقد لا وقت بدء الانتفاع ، فهذا الرأى يرى أن العبرة هى بتاريخ انعقاد العقد ، ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتا بوجه رسمي ، لأن ثبوت التاريخ وإن كان ضروريا للاحتجاج بالورقة على الغير ، فهو غير ضروري للاحتجاج بها على طرفيها ، ومنهما المستأجر الذي يراد الاحتجاج عليه بحصول الإيجار في التاريخ المدون بالورقة ، وعلى ذلك فإذا وجدت عدة إيجارات تحدد في كل منها تاريخ لبدء الانتفاع ، لاحق لتاريخ الانتفاع في الآخر ، فلا يمكن أن يضر بالغير ، مادامت العبرة بتاريخ انعقاد العقد في حساب التسع سنوات .

- **شهر عقد الإيجار التي تزيد مدته عن التسع سنوات** :

يتطلب القانون شهر عقد الإيجار الخاضع للقانون المدني إما للاحتجاج به على الغير إذا جاوزت مدته تسع سنوات ، وإما لإجراء المفاضلة بينه وبين عقود الإيجار الأخرى الواردة على ذات العين ، بينما لم يتطلب القانون شهر عقد الإيجار الخاضع لقانون إيجار الأماكن إذ يحاج به الغير بدون شهر أيا ما كانت مدته ولأن المفاضلة بينه وبين عقود الإيجار الأخرى الواردة على ذات العين تتم بحسب العقد الأسبق في تاريخ إبرامه فيفضل هذا العقد على العقود اللاحقة عليه ، ولو كانت مشهرة أو ثابتة التاريخ أو تم وضع اليد بموجبها ، وذلك على التفصيل المتقدم ، وإذ تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٤ من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أنه اعتبارا من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون تبرم عقود الإيجار كتابة ويجب إثبات تاريخها بمأمورية الشهر العقاري الكائن بدائرتها العين المؤجرة ، وكان مؤدى نصوص قانون التوثيق أن المحررات التي يوجب قانون الشهر العقاري شهرها لا يجوز إثبات تاريخها أو التصديق على التوقيعات فيها إلا بعد ختمها من مأمورية الشهر العقاري بخاتم (صالح للشهر) ومن ثم إذا تبين أن عقد الإيجار تجاوز مدته الاتفاقية تسع

سنوات ، فإنه يكون من المحررات واجبة الشهر عملا بالمادة ١١ من قانون الشهر العقاري مما يحول دون إثبات تاريخه وفقا للإجراءات الخاصة بإثبات التاريخ وحينئذ يتم إثبات تاريخه عن طريق شهره ، ويكون الشهر في هذه الحالة واجبا لإثبات التاريخ فحسب أما نفاذ العقد فلا شأن للشهر به إذ يكون العقد نافذا في حق الغير ولو لم يشهر هو المراد بعبارة ( ولو لم يكن لسند الإيجار تاريخ ثابت بوجه رسمي سابق على تاريخ انتقال الملكية) الواردة بالمادة ٣٠ من قانون إيجار الأماكن سالفة البيان

- **إجراءات شهر عقد الإيجار التي تزيد مدته التسع سنوات** :

(١) **تقـــديم طلـــب الشهـــر** : تنص المادة (٢١) من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقاري على أنه : " تقدم طلبات الشهر للمأمورية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ، على النموذج الذي يصرف بغير مقابل ، ويصدر به قرار من وزير العدل ، ويجوز تقديم الطلبات على غير هذا النموذج ، على أن تتضمن البيانات الواردة في القرار المشار إليه " ، وتنص الفقرة الأولى والثانية من تعليمات مصلحة الشهر العقاري والتوثيق على أنه : " ١– تقدم طلبات الشهر للمأمورية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ، من أربع نسخ متطابقة ، وتحرر على النموذج المعد لذلك بقرار من وزير العدل ، والذي يصرف بغير مقابل . ٢– ويجوز تقديم الطلبات على غير هذا النموذج ، على أن يتضمن البيانات الواردة بالمادتين رقمى ٢٠ ، ٢١ " . يتضح من هاتين المادتين أن الطلب يتم تقديمه لمأمورية الشهر العقاري المختصة ويقدم على النموذج الذي يصرف من ذات المأمورية ويصدر به قرار من وزارة العدل ، ولكن أمام احتمالات نفاذ ، أو عدم وجود ، أو صعوبة الحصول على نموذج ١٦٨ عقاري ، فالمقرر أن هذا النموذج ليس إجباريا ، وأنه يجوز تقديم طلب تسجيل الإيجارات الزائدة على التسع سنوات ، على ورق أبيض عادي ، لا يلزم أن يتضمن ذات تخطيط وبيانات نموذج الوزارة ، وإنما يكفي أن يتضمن بيانات النموذج .

- **تقديم الطلب من المؤجر أو المستأجر أو وكلائهما** :

تنص المادة ٢٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري على أنه " تتم إجراءات الشهر في جميع الأحوال ، بناء على طلب ذوي الشأن أو من يقوم مقامهم " .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢١ من ذات القانون ، مستبدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ على أنه : " ويجب أن يكون موقعا على هذه الطلبات (التي تقدم للمأمورية المختصة) من المتصرف أو المتصرف له في العقود والإشهادات ، أو ممن يكون المحرر صادرا لصالحه في غير ذلك من المحررات كأوراق الإجرءاات وصحف الدعاوى والأحكام " .

وتنص المادة ١٨ من تعليمات مصلحة الشهر العقاري والتوثيق على أنه : " ١- تتم إجراءات الشهر في جميع الأحوال ، بناء على طلب ذوي الشأن ، أو من يقوم مقامهم . ٢- على أنه لطلبات شهر أحكام إيقاع البيع (مرسى المزاد) تقوم أقلام كتاب المحاكم بعد نسخها بالمداد الأسود ، على الورق الأزرق المعد للعقود ، وختمها بخاتم المحكمة التي أصدرتها ، بإحالتها الى مأموريات الشهر المختصة . ٣- ويتولى أصحاب الشأن بعد ذلك مباشرة إجراءاتها " ، وتنص الفقرة الثالثة والرابعة من ذات التعليمات على ما يلي : " ٣- ويجب أن يكون موقعا على هذه الطلبات من المتصرف أو المتصرف له في العقود والإشهادات ، أو ممن يكون المحرر لصالحه في غير ذلك ، كأوراق الإجراءات وصحف الدعاوى والأحكام . ٤- ويتم التوقيع أمام رئيس المأمورية بعد التحقق من شخصية وصفة مقدم الطلب . فإن قدمت من الوكلاء المصرح فيتم قانونا ، لهم التحقق من سند الوكالة وموضوعه الذي يبيح له هذا الإجراء ، وفي جميع الحالات يتم التحقق من شخصية مقدم الطلب من واقع البطاقة الشخصية أو العائلية أو أى مستند آخر يقوم مقامها " .

وتنص المادة ١٩ مكررا من التعليمات (طلبات الشهر التي ترسل بالبريد) على أنه : إذا أرسلت الطلبات بالبريد ، فيراعى في شأنها ما يأتي: ١- تقبل طلبات الشهر التي ترسل بالبريد ، وتكون مستوفاة للبيانات المنصوص عليها بالمادة ٢٠ وتقيد وتعطى لها أسبقيتها وفق التعليمات ، وتتخذ في شأنها الإجراءات المعتادة ، متى كانت مصحوبة بإيصال سداد الرسم أو حوالة بريدية بقيمة رسم الطلب . ٢- تقوم المأمورية بإرسال كتاب موصى عليه بعلم الوصول ، الى مقدم الطلب (صاحب الشأن أو وكيله) فور قيده ، على محل إقامته الثابت بالطلب ، للحضور الى المأمورية في ظرف عشرة أيام ، للتحقق من شخصيته وصفته ، أو التوجه الى أقرب مأمورية للإقرار أمام رئيسها ، بأنه مرسل الطلب ، مع تحذيره بأنه في حالة تخلفه عن

ذلك في المدة المحددة ، ستتخذ إجراءات إسقاط أسبقية طلبه ، إذا قدمت طلبات مستوفاة لاحقة على طلبه . ٣- تقوم المأمورية التي تم أمامها التوقيع بإرسال الإقرار أو الأوراق المثبتة لشخصية مقدم الطلب الى المأمورية المختصة ، ويتم ذلك بدون رسم ، في اليوم التالي على الأكثر. ٤- لا يلتفت الى الطلبات التي ترسل بالبريد ، وتكون خالية من البيانات اللازمة والمفيدة في تعيين العقار ، أو الدالة على شخصية كل طرف ، وعلى الأخص ، اسمه ثلاثيا ومحل إقامته والتي تمكن من وصول الإخطار إليه ، ويرفض قيدها بدفتر الأسبقية وتعاد لمرسلها لاستيفاء هذه البيانات . ٥- تقوم كل مأمورية بوضع لوحات إرشادية في مكان ظاهر بالمأمورية ، يوضح فيه هذه الإجراءات ، والجزاء المترتب على عدم إتباعها ، ويراعى تقديم الأوراق والمستندات داخل حافظة ، يثبت عليها بياناتها تفصيلا ، ويوقع عليها من مقدمها بتاريخ تقديمها ، ويسري ذلك على المستندات المقدمة استيفاء لطلبات الشهر" .
فيتضح مما تقدم أن طلب تسجيل الإيجارات التي تزيد مدتها على تسع سنوات يقدم من المؤجر أو المستأجر أو وكلائهما باعتبار أنهم أصحاب الشأن الذين أوجب القانون توقيعهم على الطلب .

- **مكان تقديم الطلب** :

تنص المادة (١/٢١) من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقاري على أنه : " تقدم طلبات الشهر للمأمورية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ...." .

وتنص تعليمات مصلحة الشهر العقاري والتوثيق على الآتي : " ١- مصلحة الشهر العقاري والتوثيق مصلحة قائمة بذاتها ، تتبع وزارة العدل ، وتختص بشهر وتوثيق المحررات وفقا للقانون . ٢- تقوم بأعمال الشهر والتوثيق بالمحافظات والمراكز والأقسام مكاتب ومأموريات الشهر ، ومكاتب وفروع التوثيق التي يصدر بها ، ويحدد اختصاصها قرار من وزير العدل " .

يتضح من هذه المواد أن طلب التسجيل يتم تقديمه لمأمورية الشهر العقاري الجزئية المختصة الواقع العقار محل التأجير في دائرة اختصاصها .

- **ميعاد تقديم الطلب** :

الأصل أن المشرع لا يتدخل بتحديد مواعيد معينة لرفع الدعاوى أو اتخاذ إجراءات الشهر العقاري ، بأى طريق من طرق الشهر العقاري الأربعة ، وبالتالي تظل هذه المواعيد مفتوحة أمام المدعين أو طالبي الشهر العقاري كيفما يشاءون . ويخضع تسجيل الإيجارات الزائدة على تسع سنوات لقاعدة عدم تدخل المشرع بتحديد ميعاد معين لاتخاذ إجراءات تسجيل تلك الإيجارات ، وبالتالي يظل ميعاد اتخاذ هذا الإجراء مفتوحا أمام صاحب الشأن أو طالب التسجيل ، ويكفي أن يتم حلال التسع سنوات ، وحينئذ يحاج الغير بمدة الإيجار كاملة حتى لو تم التسجيل في الشهر الأخير من هذه السنوات .

- **التوقيع على طلب التسجيل** :

تنص المادة (٢/٢١) من القانون رقم **١١٤** لسنة **١٩٤٦** الخاص بتنظيم الشهر العقاري على أنه : " ويجب أن يكون موقعا على هذه الطلبات من المتصرف أو المتصرف له في العقود والإشهادات ، أو ممن يكون المحرر صادرا لصالحه في غير ذلك من المحررات كأوراق الإجراءات وصحف الدعاوى والأحكام " ، وتنص الفقرة الثالثة والرابعة من تعليمات مصلحة الشهر العقاري والتوثيق على أنه : " ١- تقدم طلبات الشهر للمأمورية التي يقع في دائرة اختصاصها من أربع نسخ متطابقة ، وتحرر على النموذج المعد لذلك بقرار من وزير العدل ، والذي يصرف بغير مقابل ٢-.............. ٣- ويجب أن يكون موقعا على هذه الطلبات من المتصرف أو المتصرف له في العقود والإشهادات ، أو من يكون المحرر لصالحه في غير ذلك كأوراق الإجراءات الدعاوى والأحكام . ٤- ويتم التوقيع أمام رئيس المأمورية بعد التحقق من شخصية وصفة مقدم الطلب . فإذا قدمت من الوكلاء المصرح لهم قانونا ، فيتم التحقق من سند الوكالة وموضوعه الذي يبيح له هذا الإجراء ، وفي جميع الحالات يتم التحقق من شخصية مقدم الطلب من واقع البطاقة الشخصية أو العائلية أو أى مستند رسمي آخر يقوم مقامها " . يتضح من هذه المواد أن طلب التسجيل يجب أن يكون موقعا من المؤجر أو المستأجر باعتباره من العقود الواجبة تسجيلها على أن يتم التوقيع أمام رئيس المأمورية المختصة ، بعد التحقق من شخصية وصفة مقدم الطلب إن كان هو صاحب الشأن . أما إذا كان الطلب مقدما من وكيل صاحب

الشأن المصرح له قانونا بذلك ، فيتم التحقق من سند وكالته وموضوعه الذي يبيح له هذا الإجراء ، وفي جميع الحالات يتم التحقق من شخصية مقدم الطلب ، من واقع البطاقة الشخصية أو العائلين أو أى مستند رسمي آخر يقوم مقامه .

- **قيد طلب التسجيل بدفتر أسبقية الطلبات** :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقاري على أنه : " ويعتبر الطلب كأن لم يكن ، إذا لم يتم شهر المحرر خلال سنة من تاريخ قيد الطلب ....." .

وتنص الفقرة الأولى من المادة ٢٢ من تعليمات مصلحة الشهر العقاري والتوثيق على أنه : " يؤدي الرسم المستحق على طلب الشهر ، قبل قيده بدفتر أسبقية الطلبات ". يتضح من هاتين الفقرتين ضرورة قيد طلب التسجيل بدفتر أسبقية خاصة بمأمورية الشهر العقاري الجزئية المختصة ، على حسب تواريخ وساعات تقديم الطلبات ، وتظهر أهمية هذا الدفتر في أنه يحدد ابتداءا رقم أسبقية الطلب التي يتم على أساسها ضبط الأسبقيات . كما تدون فيه المستندات المقدمة مع الطلب وتاريخ إحالته الى المكتب الهندسي بهيئة المساحة وتاريخ إعادته منها ويثبت فيه توقيع أصحاب الشأن بالاستلام .

- **إحالة الطلب الى المكتب الهندسي لمراجعته من الناحية المساحية** :

تنص المادة ٦ من مرسوم اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقاري على أنه: " تعاون المأموريات في فحص طلبات الشهر أقلام هندسية ، تعين بالاتفاق بين وزير العدل والمالية " ، وتنص المادة (٧) من اللائحة التنفيذية على أنه : " ١- تتلقى المأمورية المختصة الطلبات الخاصة بشهر المحررات من ثلاث نسخ متطابقة ، ومعها الأوراق المنصوص عليها في القوانين واللوائح . ٢- وتتولى فحصها من الناحية القانونية ، ثم تحيلها – بعد استيفاء ما يلوم توافره فيها – الى قلم الاستعلامات الهندسية " ، وتنص المادة (٨) من اللائحة على أنه : " ١- يتولى قلم الاستعلامات الهندسية مراجعة الطلب من الناحية المساحية ، وعلى الأخص فيما يتعلق بمعاينة العقار على الطبيعة للتثبت من موقعه ومسطحه وحدوده ، وما يتبع ذلك من تطبيق مستندات التمليك وتحديد العقار بوضع علامات عند الاقتضاء ، وكذلك فيما يتعلق بفحص المكلفات لتعيين التكليف الواجب النقل منه، ٢- ويوافى هذا القلم المأمورية برأيه كتابة في هذا الشأن " .

فيتضح من هذه المواد أن هناك أقلام استعلامات هندسية تعاون مأموريات الشهر العقاري في فحص طلبات الشهر وذلك من الناحية المساحية بمعاينة العقار الواردة عليه الإيجارات الزائدة على تسع سنوات ، للتأكد من مطابقة موقعه ومسطحه وحدوده مع مستندات التمليك

- **بيانات طلب التسجيل** :

**أولا** : **البيانات الدالة على شخصية المؤجر والمستأجر** : وتشمل مجموعة البيانات الدالة على شخصية أطراف التعامل المؤجر والمستأجر – في الإيجارات الزائدة على تسع سنوات – وهذه البيانات تتمثل في الاسم الثلاثي للمتعامل وسنه وجنسيته وديانته ومحل إقامته .

**ثانيا** : **البيانات اللازمة لتعيين العقار محل الإيجارات** : تنص المادة ٢٢ "ثالثا" من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري على أنه : ثالثا : البيانات اللازمة المفيدة في تعيين العقار ، وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده ، فإن كل من الأراضي الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة ، وإن كان من أراضي البناء أو من العقارات المبنية وجب ذكر اسم القسم والشارع والحارة والرقم إن وجد " . يتضح من هذه المادة ضرورة تعيين البيانات اللازمة في تعيين العقار محل الإيجارات الزائدة على تسع سنوات والمطلوب تسجيلها خاصة ما يتعلق منها بالموقع والمساحة والحدود ، وبالنسبة للموقع فهو يختلف باختلاف طبيعة العقار فإذا كان العقار من الأراضي الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة وإذا كان العقار من أرض البناء تعين ذكر اسم القسم أو المركز والشارع أو الحارة ، وتنص تعليمات مصلحة الشهر العقاري والتوثيق في هذا الصدد على أنه : " ويراعى بالنسبة للأراضي الزراعية وللعقارات الكائنة بسكنات غير المربوط عليها عوائد مباني ، وغير الموجود بها مجالس مدن أو قرى ، ذكر التفاصيل الآتية في طلبات الشهر والمحررات واجبة الشهر : ١. اسم المحافظة والمركز والناحية . ٢. اسم الحوض ورقمه . ٣. رقم القطعة . أما بالنسبة للعقارات الكائنة بالمدن المربوط عليها عوائد مباني ، أو بها مجالس مدن أو قرى ، فالتفاصيل الواجب ذكرها هى : (أ) اسم المحافظة والمركز أو القسم والناحية أو الشياخة . (ب) اسم الشارع أو الحارة أو الزقاق ورقمه إن وجد (ج) رقم المنزل أو القطعة حسب الموضح بخرائط المدن ، وحسب ترقيم التنظيم والحدود والأطوال كما هو موضح من قبل " .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " تمسك الطاعنين بتعيين المبيع وتدليلهما على ذلك بوضع يدهما عليه تنفيذا لعقد شرائهما له ، وبحكمين ضمتهما المحكمة ، وطلبهما إحالة الدعوى للتحقيق . دفاع جوهري . التفات الحكم المطعون فيه عنه وعدم مواجهته له بما يصلح ردا عليه مكتفيا بقالة عدم تعيين الأرض المبيعة تعيينا كافيا ، لعدم ذكر رقم القطعة أو حدودها رغم ما أثبته من أن المبيع ذاته محل عقد بيع آخر صادر من المطعون ضده الأول الى المشتري الثاني . قصور مبطل " (نقض مدني ٢٠٠٠/٢/٢٢ طعن ٢١٧ لسنة ٦٣ق)

وبالنسبة لمساحة العقار فهى أيضا تختلف باختلاف طبيعة ذلك العقار ، فإذا كان العقار من الأراضي الزراعية فيتم رفع قياس مساحتها على الطبيعة بالفدان وكسورة القيراط والسهم ، أما إذا كان العقار من أراضي البناء فيتم رفع قياس مساحتها على الطبيعة بالمتر أو الزراع أو القصبة ، وبالنسبة لحدود العقار ، فيتم معرفتها عن طريق تحديد الجهات الأصلية الأربع ، وفي كل حد من هذه الحدود الأربع يتعين ذكر الاسم الثلاثي للجار والأطوال المساحية التي بينه وبين العقار محل التسجيل إذا أمكن الحصول عليها وتذكر بالمتر والسنتيمتر أو بالقصبة .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " محل الالتزام يكفي أن يكون قابلا للتعيين . وجوب أن يتضمن عقد البيع ما يسمح بتمييز المبيع عن سواه ويمنع اختلاطه بغيره . المادتان ١٣٣ ، ٤١٩ من القانون المدني . مفاد نص المادتين ١٣٣ ، ٤١٩ من القانون المدنية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه لا يشترط لصحة العقود أن يكون محل الالتزام معينا ، بل يكفي أن يكون قابلا للتعيين ، وأن يتضمن عقد البيع ما يسمح بتمييز المبيع عن سواه ، ويمنع اختلاطه بغيره ، لو تنازع طرفا البيع حول تحديد المبيع ... " (نقض مدني ١٩٩٤/١/١١ مجموعة محكمة النقض ٤٥-١-١٢٩-٢٦) وبأنه " مغايرة حدود المبيع في صحيفة دعوى صحة التعاقد لتلك الواردة بعقد البيع . لا يحول دون قيام الثر المترتب على تسجيل الصحيفة ، طالما أن المغايرة ليس من شأنها التجهيل بحقيقة المبيع . مغايرة حدود المبيع في صحيفة دعوى صحة التعاقد لتلك الواردة بعقد البيع ، لا يحول دون قيام الأثر المترتب على تسجيل الصحيفة ، طالما أن المغايرة ليس من شأنها التجهيل بحقيقة المبيع في كل منهما " (نقض مدني ١٩٩٥/٤/٥ مجموعة محكمة النقض ٤٦-١-٥٩٢-١١٨)

- **موضوع المحرر المراد شهره** :

تنص المادة ٢٢ "رابعا" من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري على أنه : رابعا : موضوع المحرر المراد شهره ، وبيان المقابل ، أو مقدار الدين إن وجد " . يتضح من هذه المادة أن يجب ذكر موضوع المحرر المراد شهره بطلب الشهر وهو عقد الإيجار التي تزيد مدته على تسع سنوات . ويختلف عقد الإيجار عن الترخيص الإداري في أن التسجيل يقتصر على عقد الإيجار دون الترخيص الإداري ، ويلاحظ أنه في الترخيص يجب أن تكون الإدارة طرفا فيه باعتبارها سلطة عامة .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " إذ كانت الشركة الطاعنة من شركات القطاع العام التي لا تعتبر من أشخاص القانون العام . وكان نشاطها في قيامها على مرفق التعمير والإنشاءات السياحية بالمعمورة لا تعتبر من قبيل ممارسة السلطة العامة . وكان يتعين لاعتبار العقد إداريا أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفا فيه ، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام ، وأخذه بأسلوب القانون العام فيما يتضمن من شروط غير مألوفة في القانون الخاص ، ومن ثم فإن العقود التي تبرمها الشركة الطاعنة مع غير أشخاص القانون العام لا تعتبر من العقود الإدارية " (نقض مدني ١٩٧٨/٢/٨ مجموعة محكمة النقض ٢٩-١-٤١٨-٨٣)

وإذا كان محل التصرف مالا مملوكا للدولة ملكية خاصة ( **Bien du domaine privé**) مثل الأراضي الفضاء التي لم تخصص للمنفعة العامة وما يقام عليها من منشآت معدة للاستغلال ، فإن تمكين الأفراد أو الهيئات من استغلال الأرض أو المنشآت يكون بموجب عقد إيجار ، تكون صفة جهة الإدارة فيه أنها مؤجرة ، وتسري في حقها أحكام القانون المدني . فقد تلجأ جهة الإدارة الى تأجير أموالها الخاصة ، وتطلق على هذا التصرف بأنه (ترخيص) وذلك حتى يتسنى لها اللجوء لأساليب القانون الإداري ، التي تخولها الانفراد بالقرار ، فتبقى التصرف عندما تشاء ، وتأمر بإلغائه وإخلاء العين المؤجرة – دون اللجوء للقضاء – عندما تشاء رغم أن هذا يتعارض مع مبدأ سيادة القانون .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " إذ كان البين مما أورده الحكم المطعون فيه ، أنه قد كيف العلاقة بين طرفى هذه الدعوى بأنها علاقة إيجارية من علاقات القانون الخاص ، التي تخضع لأحكام عقد الإيجار في القانون المدني بصفة عامة ، ولم يعتبرها ترخيصا أو عقدا إداريا ، وأشار الى أنه لا يغير من هذا النظر ، وصف المحرر الذي ارتبط به الطرفان بأنه ترخيص . طالما أنه لم يثبت لدى المحكمة من الأزراق التي قدمها إليها الطاعنان أن المسكن مثار النزاع هو من الأموال العامة التي خصصت – سواء بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهوري أو قرار وزاري – للمنفعة العامة ، أو أن العقد المتعلق بذلك السكن يتصل بتسيير مرفق عام أو يحقق غرضا من أغراضه . لما كان ذلك ، وكان ما قرره الحكم المطعون فيه مستمدا من أوراق الدعوى ولا خطأ فيه قانونا ، فإن الحكم إذ اعتبار القرار الصادر بإنهاء عقد الإيجار المبرم بين المطعون عليه وبين الطاعن الثاني (رئيس مجلس المدينة) بالإدارة المنفردة لهذا الأخير ، إجراء مخالف لأحكام القانون الذي يحمي المستأجر من إنهاء العقد ، الذي يستأجر بمقتضاه مسكنا ، بناء على رغبة المؤجر إلا لأسباب محددة ، ليس من بينها تغيري وظيفة المستأجر . ومن ثم لا يعتبر قرارا إداريا محصنا من مساس المحاكم العادية به وقفا أو إلغاء ، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه في مسألة اختصاص متعلق بولاية المحاكم ، ويكون الطعن فيه بطريق النقض غير جائز . من المقرر أن الترخيص بشغل العقار لا يرد إلا على الأموال العامة للدولة أو للشخص الاعتباري العام ، وإذ كان يلوم لاعتبار العقد إداريا أن تكون الدولة أو ما إليها من الأشخاص العامة طرفا فيه ، وأن يحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية التي تنظمها قواعد القانون الخاص ، علاوة على أن يكون – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – متصلا بمرفق عام ، اتصالا يتحقق به معنى المشاركة في تسييره " (نقض مدني ١٩٧٣/٥/٨ مجموعة محكمة النقض ٢٤-٢-٧١١-١٢٦)

- **إخطار المأمورية طالب التسجيل بالقبول للشهر** :

فبمجرد عودة الطلب من المكتب الهندسي وفحص المأمورية له فحصا شاملا وحصر أوجه النقص به والتأشير عليه بمقبولا للشهر يتعين على المأمورية إخطار طالب التسجيل بالقبول للشهر ، وذلك بتسليمه إخطار القبول وكافة المستندات المقدمة وصورة من الطلب وصورة من كشف التحديد على أن يتم ذلك خلال ثلاثة

أيام من تاريخ التأشير وإذا لم يتم التسليم يرسل الطلب ومرفقاته الى صاحب الشأن بالبريد المسجل المصحوب بعلم الوصول .

- **تقديم مشروع المحرر** :

تنص المادة ٤٨٥ من تعليمات مصلحة الشهر العقاري على أنه : " يقدم صاحب الشأن – بعد التأشير على الطلب بقبول إجراء الشهر – مشروع المحرر المراد شهره للمأمورية المختصة ، ومعه الصورة المؤشر عليها من هذا الطلب ، وتنص المادة (١/٢٨) من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري على أنه : " يقدم صاحب الشأن – بعد التأشير على الطلب بقبول إجراء الشهر – مشروع المحرر المراد شهره للمأمورية المختصة ، ومعه الصورة المؤشر عليها من هذا الطلب ، ويعد بالمأمورية دفتر يدون فيه مشروعات المحررات على حسب تواريخ وساعات تقديمها " . يتضح من هاتين المادتين أنه يتعين طالب تسجيل عقد الإيجارات الزائدة على تسع سنوات بعد التأشير على الطلب بقبول إجراء التسجيل بـ (مقبولا للشهر) تقديم مشروع عقد الإيجار المراد تسجيله لمأمورية الشهر العقاري الجزئية المختصة ويكون مكتوبا بالمداد الأسود على الورق الأزرق المدموغ على أن يرفق مشروع المحرر بكافة المستندات التي تسلمها طالب التسجيل مع إخطار القبول .

- **قيد المشروع بدفتر أسبقية المشروعات** :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٨ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقاري والتوثيق على أنه : " ..... ويعد بالمأمورية دفتر يدون فيه مشروعات المحررات حسب تواريخ وساعات تقديمها " ، ويبين من هذه المادة أن المشرع أوجب على مأمورية الشهر العقاري الجزئية المختصة إعداد دفتر يسمى (دفتر أسبقية المشروعات) تدون به مشروعات المحررات حسب تواريخ وساعات تقديمها للمأمورية المختصة ، ويسلم صاحب الشأن إيصالا بذلك .

- **مراجعة مشروع عقد الإيجار والتأشير عليه بـ (صالحا للشهر)** :

بعد قيد مشروع عقد الإيجار الزائد على تسع سنوات بـ (دفتر أسبقية المشروعات) الذي أوجب المشرع على مأمورية الشهر العقاري الجزئية المختصة إعداده ، لكى تدون به مشروعات المحررات حسب تواريخ وساعات تقديمها ، وبعد مراعاة حكم المادة (٥٩) من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ التي توجب

توقيع أحد المحامين المقبولين أمام المحاكم الابتدائية ، إذا بلغت قيمة التعاقد خمسة آلاف جنيه فأكثر .، وإذا لم يتعرض طلب تسجيل عقود الإيجار الزائدة على تسع سنوات لإنذارات وقف التأشير على مشروع المحرر يتعين على مأمورية الشهر العقاري بالتأشير على مشروع عقد الإيجار الزائد على تسع سنوات بالصلاحية للشهر وذلك بعد أن تتأكد من تضمين المشروع جميع البيانات الواردة في إخطار القبول المعتمد من المأمورية وبيانات (كشف التحديد) المستخرج من مكتب المساحة المختص مع مراعاة عدم الكشط أو التحشير أو الإضافات غير المنوه عنها في ذيل المشروع ، وكذلك سد فراغات السطور للحيلولة دون أية إضافة بعد التأشير على المشروع بالصلاحية للشهر .

- **تقديم عقد الإيجار لمكتب الشهر العقاري برقم أسبقية** :

بعد التأشير على مشروع المحرر باصطلاح (صالحا للشهر) يتم تقديم الطلب لمكتب الشهر العقاري المختص لتتم آخر خطوة في عملية الشهر وهى تسجيل الطلب بدفتر الشهر المعد لذلك .

- **مراجعة عقد الإيجار من الناحيتين المالية والقانونية** :

تبين المادة ٥٣٧ من تعليمات مصلحة الشهر العقاري أن المراجعة الأولى لمشروع عقد الإيجار الزائد على تسع سنوات تكون من الناحية المالية ، التي يقوم بها مكتب الشهر العقاري الرئيسي المختص بعاصمة المحافظة ، وذلك بعد تقديم المشروع المذكور إليه برقم أسبقية ، عندئذ يتولى العضو الإداري بالمكتب المختص تقدير ومراجعة رسوم الشهر العقاري المقررة على مشروع عقد الإيجار الزائد على تسع سنوات محل طلب التسجيل . أى أن هذه المراجعة المالية تتعلق بالتحقق من سلامة تقدير رسوم التوثيق والشهر وما يتصل بالجانب المالي لمشروع عقد الإيجار الزائد على تسع سنوات .

ويبين من المادة ٥٣٨ من تعليمات مصلحة الشهر العقاري أن المراجعة الثانية لمشروع عقد الإيجار الزائد على تسع سنوات تكون من الناحية القانونية ، التي يقوم بها مكتب الشهر العقاري الرئيسي المختص بعاصمة المحتفظة ، وذلك بعد إتمام المراجعة الأولى للمشروع من الناحية المالية ، عندئذ يتولى عضو فني قانوني بالمكتب المختص المراجعة القانونية للمشروع المذكور . فهذه المراجعة تتعلق بالتحقق من سلامة المشروع ومطابقته لصحيح القانون ، وخلوه من التحشير أو

التغيير أو الإضافة غير المعتمدة ، ومطابقة بياناته المدونة به على المستندات المرفقة .

- **تسجيل عقد الإيجار بدفتر الشهر** :

تنص المادة ٥٣٥ من تعليمات مصلحة الشهر العقاري على أنه : " ١- يعد بكل مكتب (دفتر لشهر المحررات) تثبت فيه البيانات المعينة للمحررات والقوائم المقدمة للشهر بأرقام متتابعة بحسب تقديمها ، مع ذكر تاريخ اليوم والساعة ، ويكون هذا الدفتر مرقم الصفحات ، وموقعا على كل ورقة فيه من الأمين العام أو من يندب لذلك . ٢- ويسند القيد في هذا الدفتر الى عضو فني ، ويجب عليه التوقيع بخط واضح عند انتهاء العمل في الدفتر يوميا مع بيان التاريخ ، على أن تراجع البيانات المثبتة فيه على المحررات والقوائم الخاصة بها ، ويؤشر بذلك من أمين المكتب أو الأمين المساعد ، مع توقيعه مقرونا بالتاريخ . ٣- ويتم القيد في (دفتر الشهر) بكل عناية ودقة ، مع تدوين أسماء أطراف المحررات ، وكذا ما ورد بها من بيانات جوهرية أخرى دون إيجاز ، ولا يجوز إجراء كشط أو محو أو شطب أو تحشير في الدفتر . ٤- وتفرد دفاتر خاصة بأرقام متتابعة لكل محافظة ، إن كان مكتب الشهر يتناول اختصاصه أكثر من محافظة " . يتضح من هذه المادة أنه إذا لم تسفر المراجعتان المالية والقانونية عما يوجب إيقاف تسجيل عقد الإيجار يتم تسجيل الطلب بدفتر الشهر .

- **تسليم صورة فوتوغرافية من عقد الإيجار المسجل لصاحب الشأن** :

بعد تسجيل الطلب بدفتر الشهر يتم تسليم صاحب الشأن صورة فوتوغرافية من عقد الإيجار المسجل حيث يترتب على إتمام تسجيل عقد الإيجار الزائد على تسع سنوات عدة آثار ، عددتها كل من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقاري الصادرة بقرار وزارة العدل في ٢٤ أغسطس سنة ١٩٤٦ في المواد ٢٥ – ٣٠ ، وكذلك تعليمات مصلحة الشهر العقاري في المواد ٥٤٥ ، ٥٤٦ ، ٥٤٨ ، ٥٥٠ ، ٥٥١ ، ٥٥٢ ، ٥٥٣ ، وقد ذكرت اللائحة التنفيذية للقانون : الفهارس والاطلاع والشهادات والصور ، وذكرت تعليمات مصلحة الشهر العقاري : التأشير على عقد الإيجار الزائد على تسع سنوات بما يفيد تسجيله ، ختم المرفقات المتعلقة بعقد الإيجار الذي تم تسجيله بخاتم خاص ، تصور عقد الإيجار الذي تم تسجيله ، حفظ أصل عقد الإيجار الذي تم تسجيله ، حفظ المرفقات المتعلقة بعقد الإيجار الذي تم شهره .

- **شهر دعوى ثبوت العلاقة الإيجارية** :

تنص المادة ٢١٣ من تعليمات مصلحة الشهر العقاري والتوثيق على أنه " الدعاوى واجبة الشهر إذا قدمت للمأمورية قبل قيدها في جدول المحكمة ، يجب التأشير على صحفها بصلاحيتها للشهر ، بعد التحقق من صحة بياناتها ، فإذا قدمت لأول مرة بعد القيد ، وكانت تنقصها بعض البيانات اللازمة للشهر – وعلى الأخص المشار إليها في المادة (٢٠) – فيرفض التأشير على العريضة ، وتنص المادة (٢١٤) من ذات التعليمات على أنه : " ١- تقتصر مراجعة المأموريات لطلبات التأشير على عرائض الدعاوى على بيانات طرفى النزاع والعقار ، دون بحث أصل الملكية ولا التكليف . ٢- ولا حاجة الى إرفاق أصل العقد الابتدائي موضوع الدعوى في الطلب ، ويكتفي بتقديم صورة من عقد البيع الابتدائي مشهورا عليها من صاحب الشأن بمطابقتها للأصل ، فإذا تعذر على صاحب الشأن تقديم هذه الصورة ، فيؤخذ عليه إقرار بذلك " ، وتنص المادة (٢١٥) من التعليمات على أنه : " تسري القواعد السابقة على طلبات الشهر التي تقدم لمراجعة الطلبات العارضة ، وطلبات التدخل ، وطلبات إثبات الاتفاق في دعاوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية" وتنص المادة (٢٤) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر على أنه " ١- اعتبارا من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون ، تبرم عقود الإيجار كتابة ، ويجب إثبات تاريخها بمأمورية الشهر العقاري الكائن بدائرتها العين المؤجرة . ٢- ويلزم المؤجر – عند تأجير أى مبنى أو وحدة منه – أن يثبت في عقد الإيجار تاريخ ورقم وجهة إصدار ترخيص البناء ، ومقدار الأجرة المقدرة للوحدة المؤجرة وفقا للمادة (١١) من هذا القانون ، وذلك بالنسبة للمباني الخاضعة لنظام الأجرة المبدئية . ٣- ويجوز للمستأجر إثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد بكافة طرق الإثبات " ، وتنص المادة (١٥) من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقاري على أنه " ١- يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي تكون الغرض منها الطعن في التصرف ، الذي يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجل تلك الدعاوى . ٢- ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال . كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية . ٣- وتحصل التأشير والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها

بجدول المحكمة" فيتضح من هذه المواد أن دعوى ثبوت العلاقة الإيجارية أن دعوى ثبوت العلاقة الإيجارية إذا كانت تتعلق بالإيجارات الزائدة على تسع سنوات يجب التأشير في هامشها باعتبارها واردة على أحد المحررات واجبة الشهر ، وإذا امتنع المؤجر عن تحرير عقد إيجار ، وأقام المستأجر ضده دعوى بثبوت العلاقة الإيجارية ، فإن إثبات التعاقد يخضع للقواعد العامة إذا كان الإيجار خاضعا للقانون المدني ، فإن كان خاضعا لقانون إيجار الأماكن كان له إثباته بجميع الطرق القانونية بما في ذلك البينة والقرائن ، ويخضع شهر الدعوى لذات الإجراءات المتعلقة بشهر دعوى صحة التعاقد .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " مناط القضاء بثبوت العلاقة الإيجارية لأحد الخصوم ألا يتعارض ذلك مع نص قانوني متعلق بالنظام العام تمسك الخصم الآخر بأعماله كالنص الذي يبطل العقد اللاحق بطلانا مطلقا " (نقض ١٩٩٧/٥/٢١ طعن ١٧٨٠ س٦٦ق ، نقض ١٩٩٢/١١/٥ طعن ٨٢٩ س٥٨ق)

ويخضع إثبات التعاقد للقواعد العامة في الإثبات الواردة في قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ، إذا كان هذا الإيجار خاضعا لأحكام القانون المدني ، وتقضي هذه القواعد بأنه – في غير المواد التجارية – إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على ٥٠٠ جنيه ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك (م ١/٦٠) كما يخضع كذلك لكافة الطرق القانونية بما في ذلك البينة والقرائن إذا كان الإيجار خاضعا لقانون إيجار الأماكن .

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " إثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد . جوازه للمستأجر بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة . م٣/٢٤ ق٤٩ لسنة ١٩٧٧ .ثبوت العلاقة الإيجارية بالكتابة أو حصول المستأجر على إيصالات بسداد الأجرة . غير لازم . ويخضع شهر دعوى ثبوت العلاقة الإيجارية لذات إجراءات شهر دعوى صحة التعاقد " (نقض مدني ٢٠٠١/١/٣ طعن ٢٧٧٦ لسنة ٦٩ق)

- **شهر الحكم الصادر بثبوت العلاقة الإيجارية** :

تنص المادة ١٦ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري على أنه : " ١- يؤشر بمنطوق الحكم النهائي في الدعاوى المبينة بالمادة السابقة في ذيل التأشير بالدعوى ، أو في هامش تسجيلها . ٢- ويتم التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها عقب تسجيل هذه الأحكام" .

فيتضح من هذه المادة أنه متى صدر الحكم بثبوت العلاقة الإيجارية ، فإنه يكون من المحررات واجبة الشهر إذا كانت مدة الإيجار تجاوز تسع سنوات ، فإن لم تكن كذلك كان شهره جوازيا ، ويشهر الحكم بطريق التسجيل إذا كانت صحيفة الدعوى لم يسبق شهرها أو بطريق التأشير الهامشي إذا كانت قد أشهرت ، ولما كان تسجيل الإيجار في هذه الحالة لا يتم إلا بتسجيل الحكم ذاته أو التأشير بمنطوق في هامش تسجيل صحيفة صحة الإيجار إذا كانت قد أشهرت ، فإنه يترتب على ذلك أنه إذا وضع مستأجر آخر يده على العين المؤجرة وكان حسن النية وذلك قبل تسجيل الحكم أو التأشير بمنطوقه ، فإنه يفضل على المستأجر الذي يتم تسجيل الحكم بعد ذلك عملا بالمادة (١٧) من قانون الشهر العقاري ، وتنص المادة (٢١٧) من تعليمات مصلحة الشهر العقاري والتوثيق على أنه : " ١- لا تشهر الأحكام واجبة الشهر ، إلا بعد صيرورتها نهائية . ٢- وإذا تبين – عند المراجعة – وجود خطأ مادي أو نقص في بيانات العقار أو أسماء الخصوم أو أصل الملكية ، فيعمل إقرار يوضح البيانات الناقصة ، وتصحح البيانات الخطأ ، ويوقع على هذا الإقرار من الصادر لصالحه ، ويصدق على توقيعه ، ويلحق الإقرار بالحكم عند شهره . ٣- ويلاحظ عند التأشير على الحكم بصلاحيته للشهر ، للتنويه في عبارة التأشير الى الإقرار المذكور " . فيتضح من هذه المادة أن الحكم الذي يتعين شهره سواء عن طريق التسجيل أو التأشير الهامشي ، هو الحكم النهائي ، ويكون الحكم نهائي إذا كان لا يقبل الطعن بطرق الطعن العادية وهى المعارضة والاستئناف ، وقد صدر القانون رقم ١٣٧ لسنة ٢٠٠٦ ونص فيه على أن " ويكون للمحررات المثبتة للعلاقة الإيجارية وشروطها وانتهائها قوة السند القانوني بعد توثيقها بحضور أطرافها . وعلى ذلك فإن : أولا : يتعين توثيق المحررات المثبتة للعلاقة الإيجارية وشروطها وانتهائها الخاضعة لأحكام ق٤/١٩٩٦ وتعديلاته بشأن سريان أحكام القانون المدني على الأماكن التي لم يسبق تأجيرها ، والأماكن التي انتهت أو تنتهي عقود إيجارها دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها ، والتي يتم صياغتها في الشكل الرسمي للمحررات الموثقة . دون التقيد بالاختصاص المكاني لمكاتب وفروع التوثيق .

# البيــــع بالمــــزاد

تنص المادة ١٠٧٣ من القانون المدني على أن " " يجوز للحائز الذي سجل سند ملكيته ولم يكن طرفا في الدعوى التي حكم فيها على المدين بالدين، أن يتمسك بأوجه الدفع التي كان للمدين أن يتمسك بها، إذا كان الحكم بالدين لاحقا لتسجيل سند الحائز.

ويجوز للحائز في جميع الأحوال أن يتمسك بالدفوع التي لا يزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها ".

- **الدفوع التي يصبح من حق الحائز التمسك بها بعد تسجيل سند ملكيته** :

بمجرد أن يسجل الحائز سند ملكيته يكون له الحق في التمسك بأوجه الدفع التي كان للمدين أن يتمسك بها كأن يدفع ببطلان الالتزام المضمون أو بانقضائه، على أن يكون الحكم بالدين لاحقا لتسجيل سند الحائز.

فالحائز إذن أن يعارض في الإنذار الموجه إليه، في أى وقت في أثناء إجراءات نزع الملكية، فإذا لم يعارض حتى الحكم بنزع الملكية وانقضاء مواعيد الطعن، فإن هذا الحكم يحوز قوة الشيء المحكوم فيه بالنسبة إليه. وله أن يتمسك بالدفوع الخاصة به، والدفوع الخاصة بالراهن، والدفوع الخاصة بالمدين . (السنهوري ص٤٥٤)

فالدفوع الخاصة به مثل الدفع ببطلان القيد، والدفع بالضمان إذا كان الدائن المرتهن ملزما شخصيا قبله بضمان الاستحقاق كما لو كان الدائن كفيلا للبائع الى الحائز، وليس للحائز أن يدفع بأنه صرف على العقار مصروفات ضرورية أو نافعة، ولا أن يطلب من الدائن أن يعوضه من هذه المصروفات قبل السير في الإجراءات، ولكن له أم يمتنع عن تسليم العقار المرهون الى من يرسو عليه المزاد حتى يستوفى ما صرف، فيكون له الحق في حبس العقار المرهون حتى يستوفى المصروفات. ومن الدفوع الخاصة بالراهن الدفع ببطلان الراهن أو بانقضائه. وبالنسبة لدفوع المدين يشترط ألا يكون المدين تمسك بها من قبل، فللحائز أن يدفع ببطلان القيد أو بضمان الاستحقاق إذا كان الدائن كفيلا شخصيا للبائع الذي تلقى منه الحائز

الملكية، أما الإصلاحات فلا تصلح سببا للدفع ولكن سببا لحبس العقار، ويجوز التمسك ببطلان الرهن أو بانقضائه . (أنور طلبة ص٥٣٨)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** "ولئن كانت المادة ٦٤٢ من قانون المرافعات السابق –الذي يحكم واقعة النزاع (م٤٢٢/١ جديد)– توجب على المدين إبداء أوجه البطلان في الإجراءات السابقة على الجلسة المحددة لنظر الاعتراضات على قائمة شروط البيع بطريق الاعتراض على القائمة، وإلا سقط الحق في التمسك بها، إلا أن شرط ذلك أن يكون المدين طرفا في إجراءات التنفيذ، فإن لم يكن طرفا فيها بأن لم يعلم بها، فإنه يعتبر حينئذ من الغير بالنسبة لتلك الإجراءات، ويكون له في هذه الحالة أن يتمسك بالعيب في الإجراءات بما فيها حكم مرسى المزاد بطريق الدعوى الأصلية، وإذا يبين من الحكم المطعون فيه أنه قضى بعدم قبول دعوى الطاعنين الأول والثالثة تأسيسا على سقوط حقهما في التمسك ببطلان الإجراءات لعدم إبدائه بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع، دون أن يتحقق من إعلانهما بإجراءات التنفيذ إعلانا صحيحا، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (جلسة ١٩٧٥/٣/١٣ س٢٦ ص٥٩٠، جلسة ١٩٦٥/٦/١٠ س٢٦ ص٧٢٨)، وبأنه "دفوع المدين التي يجوز للحائز التمسك بها بالشروط المبينة بالمادة ١٠٧٣ من القانون المدني هى الدفوع المتعلقة بموضع الدين ذاته ووجوده ولا علاقة لها بإجراءات التنفيذ الشكلية التي نص عليها قانون المرافعات"(نقض ١٩٥٩/١١/١٩ س١٠ ص٦٨٨)، وبأنه "لا جدوى من نعى الحائز ببطلان إعلان السند التنفيذي لأحد ورثة المدين لتوجيهه إليه وهو قاصر دون وصيه لأن الاعتراض بذلك هو للمدين أو أحد ورثته الذي وقع البطلان في حقه" (نقض ١٩٥٩/١١/١٩ س١٠ ص٦٨٨).

***وتنص المادة ١٠٧٤ مدني على أن " يحق للحائز أن يدخل المزاد على شرط ألا يعرض فيه ثمنا أقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار الجاري بيعه " .***

- **حق الحائز في الدخول في المزاد** :

لقد أجاز المشرع للحائز أن يدخل المزاد على أن يكون العطاء المقدم منه لا يقل عن الباقي في ذمته من الثمن. فقد افترض القانون أن الحائز قد اشترى العقار فأصبح حائزا، وعجل شيئا من الثمن، وبقى في ذمته الباقي، كان الثمن مثلا ألف

وعجل الحائز ثلاثمائة فبقى في ذمته سبعمائة، فيجب عندما يدخل المزاد وقدم عطاء، ألا يقل هذا العطاء عن سبعمائة، لأن هذا المبلغ يحب على الحائز دفعه على أى حال، فلأن يتقدم به عطاء في المزاد خير من أن يدفعه للبائع له. وإذا كان الحائز لم يدفع شيئا من الثمن عندما تقدم في المزاد، فيجب ألا يقل العطاء الذي يتقدم به في المزاد عن الثمن كله وهو ألف، لأن هذا المبلغ مستحق في ذمته ويجب أن يدفعه، فلأن يتقدم به عطاء في المزاد خير من أن يدفعه للبائع، وهذا ما يقع عادة في العمل، يحرص الحائز للعقار المرهون على ألا يدفع شيئا من ثمنه، ثم يدخل المزاد ويقدم عطاء فيه كل الثمن، وهو مستحق في ذمته، وقد يقدم عطاء أكبر من كل الثمن، إذا قدر أن العقار المرهون يستحق ذلك وكان حريصا على أن يحصل على هذا العقار . (السنهوري ص٤٥٦)

مفاد ما تقدم أن للحائز دخول المزاد على أن يكون العطاء المقدم منه لا يقل عن الباقي في ذمته من الثمن، أما إن كان قد دفع الثمن كاملا للمشتري، فيدخل المزاد كمزايد عادي فلا يلتزم بعطاء معين، فإن رسا عليه التزم بدفع المبلغ الذي رسا به المزاد والمصروفات الأخرى . (أنور طلبة ص٥٣٩)

*وتنص المادة ١٠٧٥ مدني على أن " إذا نزعت ملكية العقار المرهون ولو كان ذلك بعد اتخاذ إجراءات التطهير أو التخلية ورسا المزاد على الحائز نفسه، اعتبر هذا مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلي، ويتطهر العقار من كل حق مقيد إذا دفع الحائز الثمن الذي رسا به المزاد أو أودعه خزانة المحكمة " .*

- **رسو المزاد على الحائز وما يترتب على ذلك** :

إذا دخل الحائز المزاد ورسى عليه اعتبر مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلي . إذ لا تكون للحائز هذه الصفة إلا إذا سجل سنده الذي تلقى به الملكية ، ومن ثم فلا يلوم تسجيل حكم مرسى المزاد، ولكن يجب التأشير به في هامش تسجيل سند ملكية الحائز وفي هامش تسجيل إنذار الحائز بالدفع أو التخلية. (م٤٤٨ مرافعات)

ويترتب على تسجيل حكم إيقاع البيع والتأشير به تطهير العقار من كل حق مقيد، فتطهير العقار، كما يتم بداهة من رسو المزاد على غير الحائز، يتم أيضا برسو المزاد على الحائز، ويتحول حق الدائنين المقيدين من العقار الى ثمنه، وتبقى

للدائنين مزية التقدم في استيفاء حقوقهم من هذا الثمن كل منهم بحسب ترتيبه، فإذا لم يف المبلغ بحقوق الدائنين المقيدين، فإن المتأخرين منهم لا يحصلون على شيء من الثمن، وتنقضي مع ذلك قيودهم، ولكن لهم حقوقهم الشخصية قبل المدين الأصلي. ولا يقتصر أثر حكم مرسى المزاد على تطهير العقار المرهون من القيود التي صدرت من المالك الأصلي وحده، بل يشمل أيضا تطهيره من القيود التي صدرت من الحائز نفسه، لأن الملكية تنتقل الى الراسي عليه المزاد خالية من جميع القيود . (السنهوري ص٤٥٨)

ويتم التطهير بحكم القانون دون حاجة لتدخل الدائنين وبمجرد أن يتقدم الراسي عليه المزاد أو الحائز بطلب، بعد التسجيل أو التأشير، الى مكتب الشهر العقاري بمحو القيود، ولا يمنع ذلك من أن يتم المحو قبل التسجيل أو التأشير إذا وافق الدائنون على ذلك، ولا يقتصر المحو على القيود التي رتبها المالك السابق على الحائز، بل يشمل المحو كذلك القيود التي رتبها الحائز نفسه.

ووفقا للمادة ٤٤٠ مرافعات فإن الحكم بإيقاع البيع لا يتم إلا بدفع كامل الثمن، ولكن لا يترتب على ذلك تطهير العقار بحكم القانون على نحو ما سلف وتسري هذه الأحكام بالنسبة للحائز والراسي عليه المزاد، ولا يشمل التطهير الحقوق المقيدة التي لم يعلن أصحابها بإيداع قائمة شروط البيع ولم يخبروا بتاريخ جلسته طبقا للمادتين ٤١٧، ٤٢٦ مرافعات، فيبقى لهؤلاء حق تتبع العقار تحت يد الراسي عليه المزاد والتنفيذ عليه في أى وقت طالما أن القيد الخاص بهذه الحقوق لم يسقط بعدم تجديده في الميعاد، وكان قانون المرافعات القديم يحدد في المادة ٦٩٢ وقت التتبع بثلاث سنوات من وقت تسجيل الحكم أو التأشير به، ويوزع الثمن على الدائنين بحس مرتبة القيد، فيأخذ السابق في القيد دينه فإن بقى شيء من الثمن استوفى منه التالي في المرتبة دينه وهكذا، فإن لم يكف للوفاء باقي الديون المقيدة، فتمحى القيود جميعا، على نحو ما سلف، وتبقى الديون في ذمة المدين بها، ووفقا للمادة ٤٤٧ مرافعات يقوم قلم الكتاب بالنيابة عن ذوي الشأن بطلب تسجيل الحكم بإيقاع البيع خلال ثلاثة الأيام التالية لصدوره، ووفقا للمادة ٤٤٠ مرافعات فإن الراسي عليه المزاد يلتزم بدفع الثمن كاملا والمصاريف ورسوم التسجيل، ويقوم قاضي التنفيذ بإثبات دفع الثمن وسداد الديون بحسب مرتبة كل

منها ثم يحكم بإيقاع البيع ولو أن يأمر بإيداع الثمن خزينة المحكمة ليستوفى منه الدائنون حقوقهم كل بحسب مرتبته . (أنور طلبة ص٥٤١)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** "وإن كانت المادة ٦٧٥ من قانون المرافعات المختلط تنص على أن تسجيل حكم رسو المزاد يطهر العقار من الرهون ولا يكون للدائنين حقوق إلا على الثمن، إلا أن هذا التطهير معلق على قيام الراسي عليه المزاد بأداء الثمن في أجل استحقاقه، يؤكد ذلك أن المادة ٦٩٥ من القانون المدني المختلط تنص على أنه " لا يجوز محو تسجيل الرهن إلا بناء على حكم صار انتهائيا أو برضاء الدائن الحاصل بتقرير منه في قلم كتاب المحكمة"، وهذا التقرير من الدائن لا يحصل إلا بعد استيلائه على حقه من ثمن العقار وفقا لنص المادة ٧٤٣ من قانون المرافعات المختلط، فإذا لم يكن الدائن قد حصل على دينه كان له اتخاذ إجراءات إعادة البيع على ذمة المشتري المتخلف وتصح هذه الإجراءات قبل هذا المشتري وحده ولو كان قد تصرف في العقار بالبيع الى الغير بعد رسو المزاد ويسجل هذا الغير عقد شرائه، إذ لا يعتبر الغير في هذه الصورة حائزا للعقار في معنى المادة ٦٩٧ من القانون المدني المختلط ممن يجب التنبيه عليه بالدفع أو التخلية، لأن الحائز في حكم هذه المادة هو من آلت إليه ملكية العقار المرهون وقام بتسجيل عقده قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ولا ينطبق هذا الوصف في هذه الحالة على الغير الذي لا يعدو أن يكون خلفا للراسي عليه المزاد" (الطعن رقم ٨١ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٣/١١/٥)

وتنص المادة ١٠٧٦ مدني على أن "إذا رسا المزاد في الأحوال المتقدمة على شخص غير الحائز، فإن هذا الشخص الآخر يتلقى حقه عن الحائز بمقتضى حكم مرسى المزاد ".

- **رسو المزاد على غير الحائز** :

إذا رسى المزاد على غير الحائز انتقل حق الملكية الى الراسي عليه المزاد من الحائز نفسه بموجب حكم مرسى المزاد. وعلى ذلك يجب تسجيل حكم مرسى المزاد، حتى تنتقل الملكية الى غير الحائز ممن رسا عليه المزاد.

ويكون الثمن الذي رسا به المزاد ملكا للحائز، يستوفى منه الدائنون المقيدون حقوقهم، وما يبقى إذا بقى شيء يكون للحائز ولمن استمد حقه من الحائز. (السنهوري ص٤٦)

ويرجع الحائز، بموجب دعوى الاستحقاق التي يرتبها التصرف الصادر له سواء كان بيعا أو هبة، على من تلقى منه الملكية وذلك بالثمن وبالتعويضات إن كان لها وده، ولا يجوز أن تتضمن قائمة شروط البيع الإعفاء من رد الثمن (م٤١٦ مرافعات) ويكون الرجوع بموجب دعوى الإثراء بلا سبب إذا كان الحائز قد وفى للدائنين بما يجاوز ما في ذمته لمن تلقى منه الملكية . (أنور طلبة ص٥٤٢)

ويحل الحائز كذلك محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم، طبقا لقواعد الحلول. وإذا كانت له حقوق عينية على العقار المرهون، كرهن أو ارتفاق أو انتفاع أو استعمال أو سكنى، قبل أن تنتقل إليه ملكية العقار كحائز، فزالت باتحاد الذمة، ثم رسا المزاد على غير الحائز، فإن هذه الحقوق العينية تعود . (محمد كامل مرسى فقرة ١٩٤)

- **حكـــم إيقـــاع البيـــع** :

الحكم الصادر برسو المزاد ليس حكما بالمعنى المفهوم للأحكام الفاصلة في الخصومات، وإنما هو عقد بيع ينعقد جبرا بين مالك العقار المنفذ عليه وبين المشتري الذي تم إيقاع البيع عليه، ومن ثم فإنه يترتب على صدور حكم مرسى المزاد وتسجيله الآثار التي تترتب على عقد البيع الاختياري وتسجيله فهو لا يحمى المشتري من دعاوى الفسخ والإلغاء والإبطال وبالتالي يجوز للدائن طلب عدم نفاذه في حقه الدعوى البوليصية وفق المادتين ٢٣٧، ٢٣٨ من القانون المدني . (الطعن رقم ٦٧١لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٦/٣/٣)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** "إذ كان حكم إيقاع البيع ليس حكما بالمعنى المفهوم للأحكام الفاصلة في الخصومات وإنما هو محضر يحرره القاضي باستيفاء الإجراءات والبيانات التي يتطلبها القانون فإن هذا الحكم يعتبر باطلا إذا تبين وجود عيب في إجراءات المزايدة أو كانت هذه الإجراءات قد تمت على خلاف ما نص عليه القانون لأن صحة الحكم المذكور تفترض صحة إجراءات المزايدة، فإذا كانت باطلة بطل الحكم بالتبعية" (الطعن رقم ٦٨٨لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٥)

وبأنه "حكم نزع الملكية – في ظل قانون المرافعات الملغي– ليس حكما بالمعنى المفهوم للأحكام الفاصلة في الخصومات وإنما هو لا يعدو أن يكون إيذانا في المحكمة ببيع العقار المنفذ عليه بشروط وإجراءات معينة فهو لا يفصل في تحديد

الدين أو استحقاقه ولا يترتب حقا أو يسقط حقا لأحد الخصوم فيما يتعلق بموضوع هذا الدين ولزومه" (الطعن رقم ٣٧٩ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/٥/٢٠)، وبأنه "الحكم الصادر بنزع الملكية ليس حكما بالمعنى المفهوم للأحكام الفاصلة في الخصومات وإنما هو محضر يحرره القاضي باستيفاء الإجراءات والبيانات التي يتطلبها القانون، فهو لا يسقط حقا ولا يرتب حقا لأحد الخصوم فيما يتعلق بموضوع الدين ولزومه، وهو إذ كان كذلك كان غير مانع للمدين أو الحائز من رفع دعواه بالمعارضة في مقدار الدين المراد التنفيذ به" (الطعن رقم ٣١ لسنة ١ق جلسة ١٩٣١/١٢/٣١)، وبأنه "حكم رسو المزاد لا ينشئ –بإيقاع البيع– ملكية جديدة مبتدأة للراسي عليه المزاد، وإنما يكون من شأنه أن ينقل إليه ملكية العقار المبيع من المدين أو الحائز، وهذه الملكية وإن كانت لا تنتقل الى الراسي عليه المزاد ما لم يسجل حكم رسو المزاد وفقا لأحكام القانونين رقمى ١٨، ١٩ لسنة ١٩٢٣ المقابلة لأحكام القانون ر قم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ إلا أن هذا التسجيل لا يمنع من أن ترفع على الراسي عليه المزاد دعوى الإبطال أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع لعيب يشوب إجراءات التنفيذ أو ملكية المدين أو الحائز" (الطعن رقم ٢٩٦ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٣/٧)

*وتنص المادة ١٠٧٧ مدني على أن " " إذا زاد الثمن الذي رسا به المزاد على ما هو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم، كانت الزيادة للحائز وكان للدائنين المرتهنين من الحائز أن يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة " .*

- **زيادة الثمن الذي رسا به المزاد عن مستحقات الدائنين** :

لما كان الحائز يعتبر مالكا للعقار حتى ينزع منه بتسجيل حكم مرسى المزاد ، ومن ثم يستحق الثمن الذي رسا به المزاد، ولكن للدائنين المقيدين قبل تسجيل سند ملكيته الحق في التنفيذ بحقوقهم على هذا الثمن الذي حل محل العقار المرهون حلولا عينيا ، فإن بقى شيء منه بعد الوفاء بحقوق هؤلاء الدائنين، كان هذا الباقي للحائز إلا إذا كان قد رتب رهنا على العقار وقيد هذا الرهن فيكون للمرتهن منه التنفيذ على هذا المبلغ، ومثل هذا الرهن الاختصاص والامتياز الخاص بالعقار، أما إن كان دائن الحائز دائنا عاديا فله أن يطلب الى قاضي التنفيذ إيداع باقي الثمن خزينة المحكمة ليتم توزيعه وفقا لأحكام المادة ٤٦٩ مرافعات وما بعدها (أنور طلبة ص٥٥٢)

مفاد ذلك أنه إذا زاد الثمن الذي رسا به المزاد على غير الحائز عما هو مستحق للدائنين المقيدين، كانت الزيادة للحائز وللدائنين المقيدة حقوقهم منه هو. وللدائنين المرتهنين من الحائز أن يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة، فهي حق مدينهم الحائز، فلهم أن ينفذوا عليها، ويستوفوا منها حقوقهم بحسب مراتبهم . (السنهوري ص٤٦٢)

*وتنص المادة ١٠٧٨ مدني على أن " " يعود للحائز ما كان له قبل انتقال ملكية العقار إليه من حقوق ارتفاق وحقوق عينية أخرى " .*

- **أثر البيع على ما كان للعقار من حقوق ارتفاق وحقوق عينية أخرى** :

إذا كان للحائز حقوق عينية على العقار مثل تملكه كحق انتفاع أو ارتفاق أو رهن رسمي أو حيازي أو اختصاص أو امتياز. فإذا ما اكتسب ملكية هذا العقار، فإن هذه الحقوق تزول باتحاد الذمة، ولكن إذا نزعت ملكية العقار من الحائز، ترتب على ذلك زوال اتحاد الذمة وتعين الرجوع الى الحالة التي كان عليها الحائز قبل أن يكسب ملكية العقار، ومن ثم تعود الحقوق التي كانت للحائز على العقار، فتحكمها أحكام الشهر والتطهير (أنور طلبة ص٥٥٣).

*وتنص المادة ١٠٧٩ مدني على أن " على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية، فإذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات، فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد " .*

- **التزم الحائز برد الثمار** :

الأصل أن ثمار العقار المرهون تكون للحائز حتى وقت رسو المزاد سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدينة وتدخل في الضمان العام المقرر لدائنيه على أمواله وله التصرف فيها كيفما يشاء ولكن بزوال هذا الحق بمجرد إنذاره بالدفع أو التخلية إذ يترتب على ذلك إلحاق الثمار بالعقار فتكون من حق الدائنين المقيدين فيجب عليه رد الثمار ويردها مع العقار الى من رسا عليه المزاد ولكن إذا تركت الإجراءات لمدة ثلاث سنوات فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد لأن الإنذار القديم يكون قد سقط.

مفاد ما تقدم أنه قبل إنذار الحائز بالدفع أو التخلية، تكون الثمار له باعتباره مالكا للعقار المرهون، وتكون الثمار ضمانا عاما لكل دائني الحائز، عاديين وغير

عاديين، ولكن من وقت الإنذار بالدفع أو التخلية، تكون الثمار من حق الدائنين المقيدين. وفوائد الثمن تكون أيضا من حق الدائنين المقيدين، من وقت الإنذار الدفع أو التخلية . (السنهوري ص٤٦٦)

ويشترط لإلحاق الثمار بالعقار ، أن يستمر الدائنون أو من يباشر منهم الإجراءات، في مباشرة هذه الإجراءات حتى تنتهي بالحكم بإيقاع بيع العقار وذلك دون انقطاع لمدة تبلغ ثلاث سنوات أما إن توقفت هذه الإجراءات عند أية مرحلة وظلت متوقفة لمدة ثلاث سنوات ، فإن أثر الإنذار يسقط بحكم القانون وعلى المحكمة إعمال هذا الحكم من تلقاء نفسها ولو لم يطلب الحائز ذلك وتصبح الثمار من حق الحائز الى أن يوجه إليه الإنذار يسقط بحكم القانون وعلى المحكمة إعمال هذا الحكم من تلقاء نفسها ولو لم يطلب الحائز ذلك وتصبح الثمار من حق الحائز الى أن يوجه إليه الإنذار يسقط بحكم القانون وعلى المحكمة إعمال هذا الحكم من تلقاء نفسها بالعقار ويجب على الحائز أن يقدم حسابا عنها للدائنين .

وكذلك تستحق الفوائد على الثمن أو الباقي منه وتلحق به من وقت الإنذار، ويجب التفرقة بين الوقت الذي تلحق به الثمار عندما يكون العقار مازال في يد الراهن والحالة التي يكون فيها العقار في يد حائز تلقى ملكية العقار من الراهن، ففي الحالة الأولى تلحق الثمار بالعقار من تاريخ إنذار الحائز بالدفع أو التخلية، وذا كان العقار مؤجرا اعتبار المدين حارسا على الأجرة باعتبارها ثمارا مدينة، وللمدين الساكن أن يظل ساكنا بدون أجرة الى أن البيع، وإذا كان العقار مؤجرا وقام الدائن المباشر للإجراءات أو أى دائن بيده سند تنفيذي بتكليف المستأجر بعدم الوفاء بالأجرة للمدين عن المدة التالية لتسجيل التنبيه بنزع الملكية أو لإنذار الحائز اعتبرت الأجرة محجوزة تحت يد المستأجر، ويكون الوفاء السابق على هذا التكليف صحيحا ويلتزم به المدين فإن اختلسه عوقب بالمادتين ٣٤١، ٣٤٢ عقوبات . (أنور طلبة ص٥٥٦)

*وتنص المادة ١٠٨٠ مدني على أن " يرجع الحائز بدعوى الضمان على المالك السابق في الحدود التي يرجع بها الخلف على من تلقى منه الملكية معاوضة أو تبرعا.*

*ويرجع الحائز أيضا على المدين بما دفعه زيادة على ما هو مستحق في ذمته بمقتضى سند ملكيته أيا كان السبب في دفع هذه الزيادة، ويحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم، وبوجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تأمينات قدمها المدين دون التأمينات التي قدمها شخص آخر غير المدين " .*

- **رجوع الحائز بدعوى الضمان على المالك السابق** :

يجوز للحائز الذي ينزع العقار منه بسبب إجراءات التنفيذ أو الذي احتفظ به بعد اضطراره الى وفاء حقوق الدائنين أو وفاء حقوق الدائنين أو دفع قيمة العقار في حالة التطهير أو الثمن الذي اشتراه به في المزاد أن يرجع بدعوى الضمان على كل من المالك السابق ولكن في الحدود التي يرجع بها الخلف على من تلقى منه الملكية معاوضة أو تبرعا .

أى أن الحائز يرجع على مالك العقار المرهون بدعوى الضمان، إذا كان قد تلقى منه الملكية معاوضة ونفرض أن مالك العقار المرهون قد باع هذا العقار للحائز، فالحائز وهو المشتري يستطيع الرجوع على مالك العقار المرهون وهو البائع بضمان الاستحقاق، وللحائز أن يرفع دعوى الضمان بمجرد تسلك الإنذار بالدفع أو التخلية، غير أن للقاضي أن يؤجل الفصل في الطلبات والتعويضات حتى يتم نزع العقار. أما إذا كان العقار انتقل الى الحائز تبرعا بدون مقابل، فلا يكون للحائز الرجوع على المتبرع إلا إذا اشترط ذلك وفقا للقواعد العامة. (السنهوري ص٤٧٠)

ويسقط حق الحائز في الرجوع إذا حصل الاستحقاق بتقصيره كما إذا أهمل في التمسك ببطلان الرهن أو انقضاء الدين.

- **رجوع الحائز على المدين** :

وللحائز أيضا الرجوع على المدين بالمبالغ التي دفعها عنه سواء للدائنين مباشرة أو بسبب اتحاد إجراءات التطهير أو إذا دفع الثمن في حالة رسو المزاد عليه وذلك بما زاد عما هو مستحق في ذمته بمقتضى سند ملكيته، ويحل الحائز محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، ويكون الرجوع بموجب دعوى الإثراء بلا سبب . (أنور طلبة ص٥٥٧)

- **تعـــدد الحائـــزين** :

إذا تعدد الحائزون كأن كانت هناك جملة عقارات مرهونة في دين واحد وانتقلت ملكيتها الى عدة أشخاص. فالحائز الذي بقع عقاره ورسا المزاد على غيره، ووفى

الدائن المرتهن، يحل محله في الرجوع على باقي الحائزين، ويكون له حق الرهن الذي كان لهذا الدائن قبلهم .

- **العلاقة بين الحائز والكفيل** :

قد يكون الدين مضمونا بكفالة شخصية أو عينية، فاختلف الفقهاء، فيما إذا كان للحائز الذي نزعت ملكيته حق الرجوع على الكفيل يرى القليل من الفقهاء فيما إذا كان للحائز الذي نزعت ملكيته حق الرجوع على الكفيل يرى القليل من الفقهاء أن للحائز حق الرجوع على الكفيل، ولكن أكثر الفقهاء يرون، مركز الكفيل مفضل على مركز الحائز، لأنه كان بإمكان الحائز عند انتقال ملكية العقار إليه أن يخلص من الرهن عن طريق التطهير، فيخلص نفسه والكفيل من الدين بمقدار الثمن المدفوع، ولما لم يفعل وجب عدم الرجوع على الكفيل، وعلى العكس من ذلك إذا دفع الكفيل يردع على الحائز . (السنهوري ص٤٧١)

وقد أخذ التقنين المدني الجديد بهذا الرأى الثاني، كما رأينا، في الفقرة الثانية من المادة ١٠٨٠ مدني (محمد كامل مرسي فقرة ٢١٠)، والحكمة من عدم تخويل الحائز حق الرجوع على الكفيل شخصيا كان أم عينيا ولو كان ذلك بدعوى الحلول محل الدائن هى أنه لو كان العقار المرهون قد بقى في يد المدين ولم ينتقل منه الى الحائز، لما كان لهذا المدين أن يرجع على الكفيل في حالة التنفيذ عليه فلا يصح أن يسوء مركز الكفيل لمجرد قيام المدين بالتصرف في العقار للحائز. فضلا عن ذلك فالحائز في أغلب الأحوال مقصر إذ كان يجب عليه وقد عرف أن العقار مرهون ألا يدفع الثمن الى المدين وأن يقوم بعرض قيمته على المرتهن ليطهره من الرهن في ذات الوقت الذي يرى نفسه فيه من الثمن أما ولم يفعل فهو مقصر وكان عليه أن يتحمل نتيجة تقصيره . (السنهوري ص٤٧٨، محمد علي إمام ص٤٠٣، عبد الفتاح عبد الباقي ص٤٦٣)

*وتنص المادة ١٠٨١ مدني على أن " " الحائز مسئول شخصيا قبل الدائنين عما يصيب العقار عن تلف بخطئه " .*

- **مسئولية الحائز عما يصيب العقار من تلف بخطئه** :

الحائز باعتباره مالكا للعقار يكون مسئولا عما يصيب العقار المرهون من تلف بخطئه، ويكون مسئولا عن تعويض الدائنين المقيدين عما لحقهم من خسارة وفقا

للمسئولية التقصيرية. أما إذا كان الهلاك بقوة قاهرة أو بسبب القدم أو الاستعمال العادي كان الهلاك على الحائز باعتباره مالكا للعقار فيتحمله الدائنون.

أى أن الحائز لا يسأل إلا عن التلف الواقع بفعله فقط. ويكون للدائنين رفع دعوى التعويض بمجرد وقوع الضرر ولو لم يكن الحائز قد أنذر بالدفع أو التخلية ولو كان حق الدائن معلقا على شرط أو مضافا لأجل على أن يودع مبلغ التعويض خزينة المحكمة لتوزيعه وفقا لدرجة قيد كل دائن، وللحائز الرجوع على مملكه بسبب ما دفعه من تعويض لأن المالك لا يدفع تعويضا عن هلاك ملكه . (أنور طلبة ص٥٥٨)

*وتنص المادة ١٠٨٢ مدني على أن " ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية وقد كسبها في الفقرة ما بين انقضاء الحق وعودته " .*

- **انقضاء حق الرهن الرسمي** :

سبق أن أشرنا إلى أن حق الرهن هو حق تابع للدين المضمون، ومن ثم فإن الرهن ينقضي حتما بانقضاء الدين، أيا ما كان سبب الانقضاء، وينقضي الدين المضمون بالوفاء فينقضي الرهن تبعا لذلك بشرط أن يكون الوفاء تاما وصحيحا، كما ينقضي الدين بالوفاء بمقابل وبالإبراء من الدين وبالمقاصة وباتحاد الذمة وبسقوط الدين بالتقادم وبالتجديد إلا إذا تضمن سند الدين اتفاقا على غير ذلك . (أنور طلبة ص٥٥٩)

ويلزم لانقضاء الرهن بصفة تبعية، أن يكون الدين المضمون قد انقضى بتمامه، ذلك أنه إذا بقى جزء من الدين المضمون لم ينقص، بقى الرهن لضمان هذا الجزء، وذلك بالتطبيق لقاعدة عدم تجزئة الرهن الرسمي. وقد يقضي القانون بعكس ذلك، أى يقضي بزوال الرهن برعم عدم الوفاء الكامل للدين المضمون، وهذا ما فعله المشرع في شأن التطهير، كما أنه ليس هناك ما يمنع من حصول الاتفاق على عكس المبدأ السابق، فيتفق على أن يتحرر جزء من العقار المرهون كلما انقضى جزء من الالتزام المضمون. ويراعى أنه إذا زال السبب الذي ترتب عليه انقضاء الالتزام المضمون اعتبر هذا الانقضاء كأن لم يكن، ومن ثم يعود الالتزام مضمونا بالرهن،

فقد يبطل الوفاء لحصوله بشيء غير مملوك للموفى، أو أن يبطل الإبراء لصدوره من غير ذي أهلية، فيف مثل هذه الحالات يسترد الالتزام وجوده ويعود الرهن لضمانه. غير أن هذه القاعدة لا يجب أن تضر بالغير حسن النية، أو بحقوقه التي اكتسبها في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته، ولذلك إذا تقرر على العقار حقوق عينية في هذه الفترة وتم شهرها قانونا وكان أصحابها حسني النية لا يعلمون بما شاب سبب انقضاء الدين والرهن، فإن عودة الرهن لا تؤثر في حقوقهم، فيستطيعون الاحتجاج بحقوقهم في مواجهة الدائن المرتهن، أى أن الرهن لا يسري في حقوق الغير حسني النية.

ومتى تحقق أى سبب من أسباب انقضاء الرهن، فإن الرهن ينقضي ولكن لا يمحى قيده إلا باتفاق الطرفين أو بحكم من القضاء، فإن اتفق الطرفان على الانقضاء، حرر الدائن مخالصة أو تنازلا عن الرهن ويتعين عليه أن يقر بذلك بمكتب الشهر العقاري المقيد الرهن به حتى يمحى القيد، فإن لم يتفق الطرفان أو امتنع الدائن بعد تحرير الإقرار بالتخالص أو التنازل عن الرهن عن التوجه لمكتب الشهر، فللمدين أن يرفع دعوى أمام القضاء إما بإثبات صحة توقيع الدائن على سند الوفاء بالدين أو التنازل عن الرهن، وبموجب الحكم بصحة التوقيع يتعين على مكتب الشهر محو قيد الرهن، أما أن لم يكن بيد المدين مثل هذا السند، كأن يكون الدين قد انقضى بغير الوفاء، فإنه يرفع دعواه بطلب الحكم بانقضاء الرهن وبمحو القيد وبصدور هذا الحكم يتمكن من محو القيد، على أنه إذا اختصم مأمور الشهر العقاري ليصدر الحكم في مواجهته فلا يلزم الأخير بشئ من المصاريف طالما أنه لم يبد طلبا أو دفاعا، وينعقد الاختصاص في هذه الحالة وفقا للقواعد العامة مع تقدير قيمة الدعوى بقيمة الرهن أى الدين المضمون وذلك إذا كانت إجراءات نزع الملكية لم تتخذ، أما إن اتخذت فإن الاختصاص في هذه الحالة ينعقد لقاضي التنفيذ وحده مهما كانت قيمة الدعوى، فإن أعلن المدين بإيداع قائمة شروط البيع ثم تقدم باعتراض على هذه القائمة أسسه على انقضاء الرهن، فعلى قاضي التنفيذ، المعروضة عليه إجراءات نزع الملكية، حجز الدعوى للحكم للفصل في هذا الاعتراض، فإن تبين صحة الاعتراض، قضى بقبوله شكلا وفي الموضوع انقضاء الرهن ومحو قيده وكافة ما ترتب عليه من آثار وإنهاء الإجراءات أما إن كان الاعتراض غير صحيح قضى برفضه وفي هذه الحالة يقوم الدائن المباشر باستئناف الإجراءات، أما إذا قرر المدين بعد انتهاء ميعاد الاعتراض، بانقضاء الدين وأقر مباشر الإجراءات ذلك،

فعلى قاضي التنفيذ أن يقرر إنهاء الإجراءات، فإن لم يقر مباشر الإجراءات هذا الانقضاء، تعين على قاضي التنفيذ أن يفصل في هذا الطلب فيصدر حكما على نحو ما سلف، ويكون هذا الحكم قابلا للطعن بالاستئناف أمام المحكمة الابتدائية أو أمام محكمة الاستئناف بحسب قيمة الدعوى . (أنور طلبة ص٥٠١)

*وتنص المادة ١٠٨٣ مدني على أن "إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائيا، ولو زالت لأى سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار" .*

- **انقضاء حق الرهن الرسمي بالتطهير** :

فقد قضت المادة ١٠٨٣ مدني بانقضاء حق الرهن الرسمي نهائيا بإتمام إجراءات التطهير. فالتطهير كما رأينا ينهي الرهن، حتى لو لم يترتب عليه استيفاء الدائن المرتهن إلا لبعض حقه، بل وحتى لو لم يستوف منه شيئا، ويبقى أثر التطهير قائما حتى ولو زالت فيما بعد ملكية الحائز الذي طهر العقار لأى سبب من الأسباب، حتى ولو كان زوالها بأثر رجعي كفسخ وبطلان سند ملكيته، أو لتحقق الشرط الفاسخ الذي كان معلقا عليه ملكيته، فالملكية تعود عندئذ الى المالك السابق خالصة من الرهون التي سبق تطهيرها . (رمضان أبو السعود ص٤٤٠)

- **تمام التطهير ببيع العقار في المزاد العلني ورسو المزاد على غير الحائز** :

وإذا تم التطهير بيع العقار في المزاد العلني ورسو المزاد على غير الحائز، ودفع من رسا عليه المزاد الثمن للدائنين المرتهنين أو أودعه خزانة المحكمة، فقد تطهر العقار وانتهت الرهون، حتى لو بقيت رهون لم تدفع لعدم كفاية الثمن الذي رسا به المزاد. هذه الرهون التي لم تدفع يصدق عليها أنها انقضت دون أن تنقضي الديون، ولكن من جهة أخرى هذا السبب ينطبق عليه الوجه الثاني لانقضاء الرهن بصفة أصلية وهو بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلني، وينطبق عليه أيضا الوجه الثالث لانقضاء الرهن بصفة أصلية وهو عدم سماع مرتبة الدائن المرتهن باستيفاء حقه من العقار المرهون.

- **تمام التطهير مع بقاء العقار المرهون في ملكية الحائز** :

في هذه الصورة يتطهر العقار مع بقائه في ملكية الحائز، وينقضي الرهن بصفة أصلية إذا لم يستوف الدائن المرتهن حقه لعدم كفاية ما عرضه الحائز وتأخر مرتبة الدائن المرتهن، إذ ينقضي الرهن دون أن ينقضي الدين . (السنهوري ص٤٩١)

- **انقضاء الرهن بالتقادم تبعا لانقضاء الدين المضمون** :

ينقضي الرهن الرسمي بسقوط الدين المضمون بالتقادم فيكون انقضاؤه تبعا لانقضاء ذلك الدين. فلا ينقضي حق الرهن بالتقادم منفصلا عن الحق المضمون بالرهن، فإن وجد رهن على عقار وتملك شخص هذا العقار بالتقادم فإن الرهن يكون نافذا في حقه طالما وجد الرهن قبل الحيازة أما إن وجد بعدها، فإنه لا ينفذ في حق الحائز وفقا للأثر الرجعي للتقادم إذ يعتبر واضع اليد أنه تملك العقار منه بدء وضع يده ويكون الرهن جاء من غير مالك فلا يكون نافذا. وقد كانت المادة ١٥١٠ من المشروع التمهيدي تنص على أنه: "١- لا ينقضي الرهن الرسمي بالتقادم مستقلا عن الدين المضمون. ٢- ومع ذلك إذا انتقل العقار المرهون الى حائز فإن دعوى الرهن بالنسبة إليه تسقط بالتقادم إذا لم يرفعها عليه الدائن المرتهن في خلال خمس عشرة سنة تبدأ من وقت تمكنه من رفعها وينقطع التقادم بإنذار الحائز بالدفع أو التخلية"، وأصبح رقمها ١١٨٧ في المشروع النهائي، إلا أن هذه المادة حذفت في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وجاء بملحق تقرير اللجنة أنه "اقترح حذف الفقرة الثانية من المادة ١٠٨٧ بسبب ما وجه الى نظيرها في القانون المدني الفرنسي من نقد– وقد رأت اللجنة أن الأخذ بهذا الاقتراح يستتبه حذف الفقرة الأولى أيضا فقررت حذف المادة بعقوبتها اكتفاء بالقواعد العامة" . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص١٤٩ الهامش وما بعدها)

**وقد قضت محكمة النقض بأن** "إذا وضع شخص يده على عقار مرهون المدة الطويلة المكسبة للملكية فإن تملكه للعقار لا يستتبع حتما انقضاء الرهن بل يكون للدائن المرتهن الحق في نزع ملكية العقار وفاء لدينه ولا يصح القول بأن وضع اليد على ذلك العقار المدة الطويلة يكسب ملكية العقار وملكية الرهن إذ هذا يؤدي الى إهدار حق الدائن الذي كفله نص المادة ٥٥٤ من القانون المدني من استيفاء دينه بالأولوية والتقدم على الدائنين الآخرين من ثمن العقار في أى يد يكون، كما أن فيه إجازة لسقوط حق الرهن استقلالا عن الدين المضمون به مع أنه تابع له لا ينقضي إلا بانقضائه" (الطعن رقم ٢٨٨لسنة ٢٢ق جلسة١٩٥٦/٣/٨) وبأنه "لما كانت المادة ٢٠٨ من القانون المدني لا تنطبق، كما هو صريح نصها، إلا على الديون أو التعهدات فإن حكمها لا يسري على الرهن الرسمي الذي هو حق عيني، بل الذي يسري عليه هو حكم المادة ٨٨ التي أورد فيها القانون بيان أحوال زوال الحقوق

العينية، ولما كان حق الرهن بحسب طبيعته لا يمكن اكتسابه بوضع اليد لأنه حق تبعي لا يتصور له وجود إلا ضمانا لدين–والديون لا تكتسب بوضع اليد، فلاستثناء المنصوص عليه في المادة ١٠٢ من القانون المدني المختلط ليس إلا تقريرا لما هو مقرر، فإغفاله في المادة ٧٦ من القانون الأهلي لا يمكن أن يفيد أن هذا القانون جاء على خلاف القانون المختلط مجيزا اكتساب الرهن بوضع اليد، ولما كان عدم الاستعمال ليس من أسباب زوال الحقوق العينية الواردة على سبيل الحصر في المادة ٨٨ فإن حق المحفوظ وفقا للقانون ألا يمكن أن يسقط بمضى المدة استقلالا عن الدين المضمون" (الطعن رقم ١١٧لسنة ١٣ق جلسة٢٥/٥/١٩٤٤)

- **شهر انقضاء الرهن بمحو قيده** :

تنص المادة ٤٥ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري على أنه "لا يجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائي، أو برضاء الدائن بتقرير رسمي منه، ومع ذلك يكتفي في إجراء المحو في حالة رهن الحيازة العقاري وحقوق الامتياز العقارية، بإقرار مصدق على التوقيع فيه"، وتنص المادة ١٠٨٢ من القانون المدني على أنه "ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته، كما تنص المادة ١٠٨٣من ذات القانون على انقضاء حق الرهن الرسمي بإتمام إجراءات تطهير العقار، ثم نصت المادة ١٠٨٤ منه على انقضاء هذا الحق بيع العقار المرهون بالمزاد العلني إذ يحل ثمن العقار محل العقار. ويلاحظ مما تقدم أنه متى انقضى حق الرهن الرسمي بأى سبب من أسباب انقضائه، وجب شهر هذا الانقضاء وذلك بمحو القيد ويكون ذلك بطريق التأشير الهامشي في هامش القيد بالمحرر الذي أدى الى انقضاء هذا الحق فإذا تم الوفاء بالدين المضمون بالرهن، كان على الدائن المرتهن أن يحرر إقرارا بقضاء الدين المضمون كاملا وبموافقته على محو القيد، ويشهر هذا الإقرار بطريق التأشير الهامشي وذلك بإثبات مضمونه في هامش قيد الرهن، ووفقا لنص المادة ٤٥ من قانون الشهر العقاري سالفة البيان يجب أن يكون هذا الإقرار موثقا أى رسميا، ومتى تم التأشير به على نحو ما تقدم محى قيد الرهن ذلك أن المحو يتم بمجرد تدوين مضمون الإقرار في هامش قيد الرهن. ولما يتطلبه شهر الرهن الرسمي من بحث ملكية العقار المرهون وضبط هذا العقار بمأمورية الشهر المختصة وأن

المأمورية عندما تفرغ من ذلك ونخلص الى ملكية الراهن للعقار وأن حدوده ومساحته كافة البيانات المتعلقة به تتفق مع ما تضمنه عقد الرهن وقائمة القيد، تقوم بإخطار الطلب بالقبول للشهر فيتقدم لها بمشروع القائمة فتؤشر عليها بالصلاحية للشهر وحينئذ يقوم المكتب بشهر قائمة الرهن بطريق القيد ويظل القيد قائما حتى يتم محوه. فإذا ما انقضى الرهن رضاء، حرر الدائن المرتهن إقرارا على الورق الأزرق المدموغ وقام بتوثيقه لدى أى من مكاتب التوثيق، وذلك لاتخاذ إجراءات شهره، ويخضع هذا الشهر لطريق التأشير الهامشي، وبمقتضى هذا الطريق أن المحرر المراد التأشير في هامشه إذا كان سبق بحثه في المأمورية من حيث ملكية العقار الوارد به وضبط حدوده، فإن طلب التأشير يقدم مباشرة الى مكتب الشهر يتولى هو مراجعته ثم شهر المحرر المراد التأشير بموجبه وذلك بالتأشير بمضمونه في هامش شهر المحرر الأصلي، وبناء على ذلك فإنه يتعين على الراهن أن يتقدم بطلب التأشير الهامشي مستوفيا البيانات الخاصة بهذا الطلب والتي أوضحناها عندما تناولنا الشهر بطريق التأشير الهامشي، لمكتب الشهر المقيد الرهن به، مرفقا معه حافظة تنطوي على الإقرار الموثق لإجراء التأشير به، ومتى تم التأشير محى قيد الرهن الرسمي اعتبارا من وقت هذا التأشير".

*وتنص المادة ١٠٨٤ مدني على أن " " إذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلني سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذي سلم إليه العقار عند التخلية فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد، أو بدفعه الى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن " .*

- **بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلني** :

يستفاد من هذا النص أن الرهن ينقضي ببيع العقار بالمزاد العلني نتيجة للتنفيذ عليه، وسواء حصل هذا التنفيذ بناء على طلب الدائن المرتهن، أم بناء على طلب غيره من الدائنين، وسواء حصل التنفيذ في مواجهة الراهن، أو في مواجهة الحائز، أو الحارس الذي عينته المحكمة بعد التخلية، وسواء رسا المزاد على الحائز أو على غيره. الرهن لا ينقضي تلقائيا بمجرد رسو المزاد، بل يجب أني قوم الراسي عليه المزاد بدفع الديون المقيدة على العقار بحسب مرتبتها في حدود الثمن الذي رسا به المزاد، أو بإيداع الثمن خزانة المحكمة على ذمة هؤلاء الدائنين، ولكل ذي مصلحة

أن يلزم الراسي عليه المزاد بإيداع الثمن خزانة المحكمة لكى يتولى القاضي توزيعه على مستحقيه . (رمضان أبو السعود ص٤٤١)

ولا يترتب على بيع العقار بالمزاد على هذا النحو تطهير العقار من الرهون الرسمية فحسب بل يتطهر العقار أيضا من كل الحقوق الأخرى المقيدة عليه وهى حقوق الاختصاص من حقوق الامتياز الخاصة العقارية والرهون الحيازية. والأصل أن العقار لا يتطهر– نتيجة بيعه تبعا جبريا – إلا من الحقوق التي يدخل أصحابها في الإجراءات، ويعتبر الدائن داخلا في إجراءات التنفيذ، إذا كان هو الذي باشرها، أو أعلن بإيداع قائمة شروط البيع وأخبر بجلسته عملا بالمادة ٤٢٦ مرافعات، فإن لم يسبق إخبار الدائن بهذا أو ذاك فلا يتحقق اشتراكه في إجراءات التنفيذ، وبالتالي لا تتحقق العلة من تحرير العقار من حقه، مثل هذا الدائن لا يحتج عليه بإجراءات التنفيذ وبالبيع الذي تم بمقتضاها، وذلك يجوز له التمسك بعدم نفاذ البيع في حقه ويجوز له أيضا أن يحجز على العقار من جديد في يد مشتريه بالمزاد باعتباره حائزا له بمقتضى حكم مرسى المزاد.

ولكن القاعدة ألا يكون لهؤلاء الدائنين الحق في طلب عدم نفاذ البيع في حقهم وهدمه وإهدار كل إجراءات التنفيذ والحق في اتخاذ إجراءات جديدة إلا في الحالة التي تكون فيها شروط البيع ماسة بحقهم أو ضارة بمصالحهم، ففي هذه الحالة وحدها –دون غيرها– تكون لهم مصلحة في إعادة الحجز وتقديم قائمة جديدة بشروط البيع يحافظون فيه على حقوقهم ويرعون مصالحهم .

ومن ناحية أخرى قد يكون ذلك الدائن الذي فاته الدخول في المزاد لعدم إخباره بجلسة البيع راغبا في شراء العقار بأكثر مما رسا مزاده به، ما لم يوف دينه كاملا، لهذا نص قانون المرافعات الملغي على أن له في جميع الأحوال أن يطلب إعادة البيع وحده – دون سائر الإجراءات– وذلك عن طريق التقرير بزيادة العشر على الثمن الذي رسا به المزاد.

فالمادة ٦٩١/١ منه تنص على أنه "إذا لم يكن أحد الدائنين المشار إليهم في المادة السابقة قد أعلن بإيداع قائمة شروط البيع أو أخبر بتاريخ جلسته جاز له أن يقرر بالزيادة العشر على الثمن الذي رسا به المزاد خلال ستين يوما من تاريخ إخباره برسو المزاد والثمن الذي رسا به ، ويسار في إعادة البيع طبقا للأحكام المقررة في الفصل السابق – أى طبقا للقواعد والإجراءات المقررة لزيادة العشر" . (رمضان أبو السعود ص٤٤٢)

## (الفهـــرس)